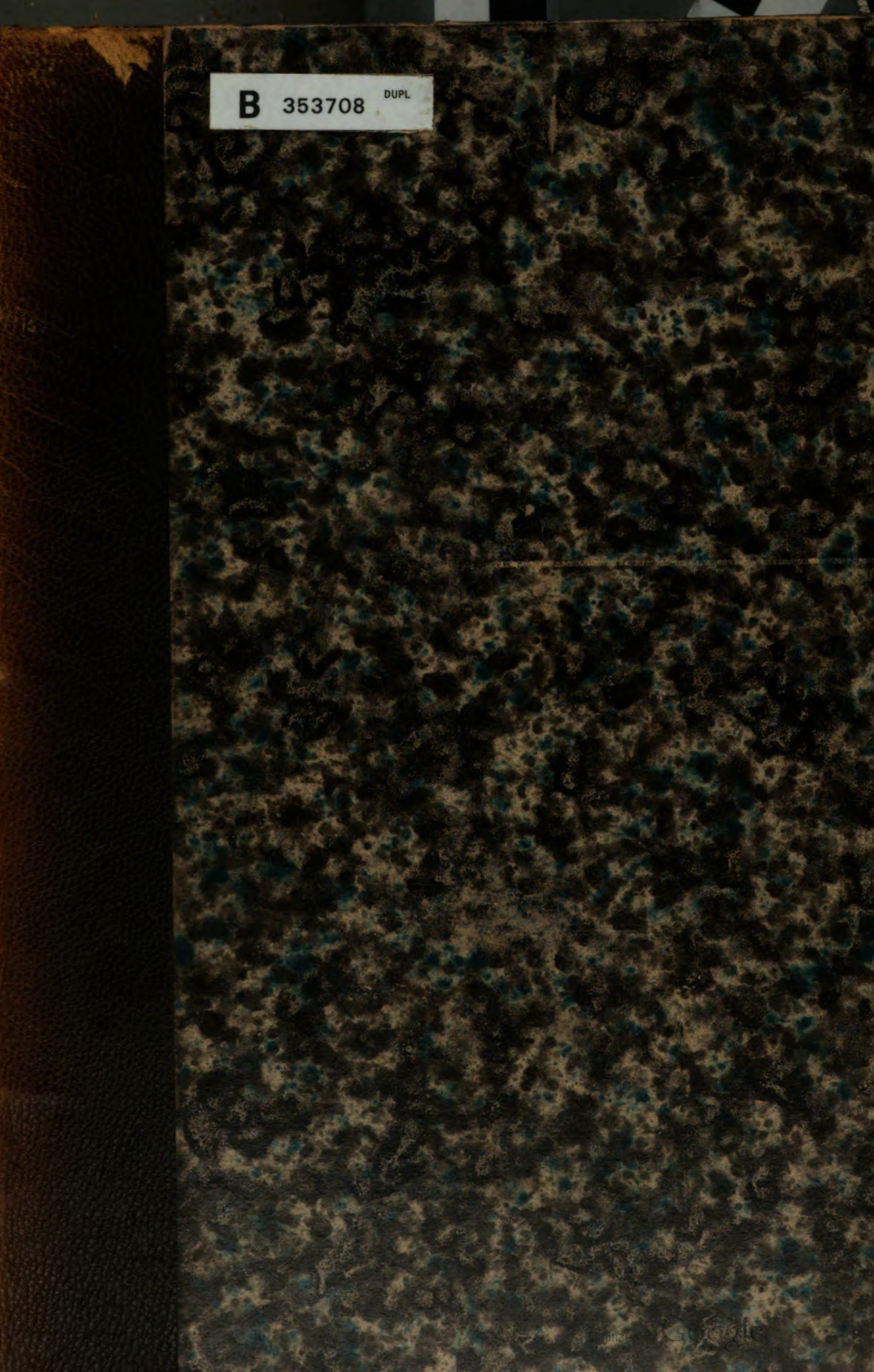



1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE
Digitized by Google



LE CODE CIVIL

1804-1904

LIVRE DU CENTENAIRE

TOME PREMIER

LE

CODE CIVIL

1804-1904

LIVRE DU CENTENAIRE

PUBLIÉ PAR

LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, Paris.

TOME PREMIER

Généralités — Etudes spéciales



PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, 14

—

1904

Ce Livre,

Publié à l'occasion du Centenaire du Code civil, célébré à Paris
les 27, 28, 29 et 30 Octobre 1904,
honoré du Prix Jean-Baptiste Chevallier par l'Académie des Sciences
morales et politiques,
a été édité grâce aux généreux concours fournis par :

L'ÉTAT,

LE CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET A LA COUR DE CASSATION,

LE CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE PARIS,

LA COMPAGNIE DES AGRÉÉS PRÈS LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE LA SEINE,

LA CHAMBRE DES AVOUÉS PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS,

LA CHAMBRE DES AVOUÉS PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE LA SEINE,

LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE PARIS,

LE COMITÉ DES NOTAIRES DES DÉPARTEMENTS,

LA COMPAGNIE DES AGENTS DE CHANGE DE PARIS,

LA CHAMBRE DES HUISSIERS PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE LA SEINE,

LA CHAMBRE DES COMMISSAIRES-PRISEURS DE LA SEINE,

ET DE NOMBREUX SOUSCRIPTEURS INDIVIDUELS.

Préface

PRÉFACE

La Société d'Etudes législatives, dès le commencement de l'année **1903**, *formait le projet de marquer par une manifestation de caractère scientifique l'année du Centenaire du Code civil. Elle a pensé que le meilleur hommage à rendre au Code civil était de recueillir dans un volume jubilaire des études de nature très diverse sur le Code lui-même, son influence dans le passé et ses transformations possibles dans l'avenir.*

La Société a tenu surtout à faire participer à la célébration du Centenaire les pays étrangers, ceux tout au moins qui ont adopté le Code civil, ou qui s'en sont directement inspirés dans leur législation nationale.

Une telle œuvre ne peut prétendre à l'unité de conception et de doctrine.

La Société d'Etudes législatives ne représente aucune doctrine, aucun système. Elle fait œuvre de science, et, par suite, elle doit accueillir toutes les idées scientifiques qui se font jour, sans aucune préférence particulière. Elle constate, elle rassemble des documents, elle procède à des enquêtes, comme toute société savante. Elle laisse ensuite à l'évolution des systèmes, à la libre discussion des écoles opposées, le soin d'utiliser les matériaux qu'elle recueille et de choisir en toute impartialité entre les directions auxquelles elle a pu servir d'organe.

Il n'y avait pas de raison pour qu'elle n'agît pas, à l'occasion du Centenaire du Code civil, comme dans le fonctionnement normal de son activité scientifique.

Ce que la France a le devoir de fêter après un siècle de vie juridique issue du Code civil de 1804, c'est un grand fait historique et national ; c'est une étape considérable et merveilleusement féconde dans la vie sociale de la nation. Quant à vouloir célébrer ce que l'on appelle quelquefois la doctrine ou les tendances du Code civil, c'est un tout autre point de vue, celui qui nous divise et non celui qui peut nous unir. Et, cependant, la France tout entière doit rester unie lorsqu'il s'agit de commémorer les grands faits de son histoire nationale.

L'esprit historique est le seul qui puisse rapprocher tous ceux que sépare l'esprit de doctrine et de système.

Et, d'ailleurs, est-il bien exact qu'il y ait une doctrine du Code civil? Est-on sûr que les auteurs du Code aient eu conscience d'avoir une doctrine philosophique et sociale dont leur œuvre aurait été la manifestation? N'est-ce pas plutôt après coup que les doctrines dominantes au cours du XIXe siècle, dans le domaine philosophique, économique et social, ont adapté à leurs propres conceptions les principes plus ou moins techniques du Code civil?

S'il en est ainsi, ces doctrines suivent le sort de tout ce qui est humain, de tout ce qui est vivant ; elles se transforment, elles se pénètrent d'idées nouvelles, elles s'adaptent aux conceptions toujours mouvantes, vraies ou fausses, des générations qui se succèdent. L'utopie ou l'erreur d'aujourd'hui peut devenir, au contact de la réalité, et sous le coup des transformations et des atténuations qu'elle devra subir, la vérité de demain.

N'allons pas prétendre à immobiliser une œuvre qui, destinée à régler les relations de la vie juridique, ne peut remplir son rôle qu'à la condition de refléter, à chaque période qui passe, les grandes idées dont s'inspire le pays. N'allons pas prétendre à en lier l'application toujours vivante et l'évolution toujours progres-

sive au sort de doctrines ou de systèmes qui peuvent n'avoir plus aucun écho dans la conscience générale de la nation.

Mais, à l'inverse, gardons-nous plus encore de prendre pour des réalités sociales qui aient fait leurs preuves et qui soient entrées dans la vie collective du pays, des systèmes tout d'une pièce, construits en théorie pure, et qui prétendent asservir l'avenir et l'histoire à quelques idées de raison abstraite et à de véritables constructions métaphysiques, bien autrement irréelles que les systèmes de philosophie sociale que l'on impute au Code civil.

Aussi la Société d'Etudes législatives a-t-elle pensé que, sans avoir à prendre parti dans cette mêlée des doctrines qui se disputent l'avenir, elle n'avait qu'à recueillir, d'où qu'ils lui vinssent, les hommages rendus au Code civil.

A côté de la vénération légitime et de la reconnaissance respectable des hommes dont la vie s'est écoulée à l'abri des principes juridiques, solides et précis, qui ont fait l'honneur du Code civil, c'est encore un hommage à lui rendre, et non le moindre, que de recueillir les aspirations, plus ou moins vagues et quelquefois utopistes, de ceux qui rêvent d'un avenir complètement modifié, mais dont les aspirations mêmes impliquent la reconnaissance des progrès considérables qu'a réalisés le Code civil.

Ce sont ces hommages divers, évocation du passé, aspirations du présent, rêves de l'avenir, triple stade de toute évolution sociale, que la Société d'Etudes législatives a recueillis; elle les présente au public comme sa participation personnelle à la célébration du Centenaire du Code civil.

En offrant ses remerciements bien sincères à tous les collaborateurs de cette œuvre, et principalement à l'éminent historien qui a bien voulu lui servir d'introducteur auprès du public, la Société tient à exprimer sa reconnaissance toute spéciale aux juristes et aux savants étrangers qui ont répondu à l'appel qu'elle leur a adressé.

Beaucoup trop, parmi nous, sont tentés d'être injustes pour une

législation dont ils ne voient plus que les lacunes présentes. Les études étrangères de notre livre jubilaire suffiront à leur répondre. Ils y verront par quelles ondes d'influence progressive le Code civil s'est propagé à travers l'Europe, pour contribuer au développement d'une même forme de civilisation.

C'est là le grand fait historique et social du XIXe siècle. Les contributions de nos collaborateurs étrangers serviront à le mettre en relief.

Nous tenons également à proclamer notre reconnaissance de tous les appuis et de tous les généreux concours qui nous ont permis de mener à bien notre œuvre.

Nos remerciements s'adressent au Gouvernement de la République qui nous a fait une large part dans le crédit voté d'une façon si libérale par le Parlement, à l'Académie des Sciences morales et politiques qui nous a honorés d'une de ses plus hautes récompenses, au Barreau parisien, aux Corporations d'officiers ministériels et à tous les souscripteurs individuels, dont le concours a assuré le succès de notre œuvre.

Grâce à tous ces appuis si nombreux et si divers, la France aura pu dignement commémorer une grande date de son histoire.

LE COMITÉ DE RÉDACTION.

Albert SOREL

Membre de l'Académie Française
et de l'Académie des Sciences morales et politiques

Introduction

INTRODUCTION

I

L'idée de célébrer le centenaire du *Code civil* est juste et patriotique. Une législation qui régit depuis un siècle, dans un grand pays, les rapports des hommes entre eux, qui, ce siècle écoulé et malgré tant de transformations dans la vie sociale, subsiste dans ses éléments essentiels, et pour répondre aux nouvelles conditions de la société n'aurait besoin que d'être développée dans son esprit et complétée selon les mêmes méthodes qui ont servi à l'élaborer, est une œuvre rare et puissante. Elle honore la nation pour laquelle et par laquelle elle a été entreprise et accomplie. Elle entre dans l'histoire de cette nation, elle en devient un des éléments fondamentaux, un de ceux qui contribuent le plus à en assurer la permanence. Il y a, pour toute nation, des conditions d'existence, des mœurs publiques et privées, un caractère, un esprit, une allure principale auxquels toutes les institutions sont subordonnées. Dégager ces éléments, les déterminer, les exprimer, c'est définir les conditions d'existence propres à ce peuple, les règles de son développement, la raison d'être de son passé, les directions de son avenir, c'est instituer son hygiène sociale.

Les premiers ouvriers du *Code civil*, suivant, en cela, l'esprit de leur temps, se sont figuré qu'en s'inspirant de la nature humaine, selon eux, partout et toujours la même, ils pourraient légiférer pour l'humanité. Ils se sont aperçus que pour prétendre ramener les

hommes à une nature tout intellectuelle et spéculative, ils les placeraient hors d'eux-mêmes; que la véritable nature pour les hommes, c'est la nature des choses au milieu de laquelle ils sont nés; que les « principes naturels » sont pour eux les « principes accoutumés »; que pour souhaiter une vie meilleure, plus facile et plus juste, ils ne désirent point bouleverser d'abord leurs conditions d'existence et se dépouiller des biens qu'ils possèdent et dont ils veulent, précisément, se procurer une jouissance plus complète. Après nombre de tâtonnements dans le vague, ces législateurs ont compris que les lois destinées à instituer en France les réformes opérées par une révolution qui se donnait pour titre d'honneur d'être française, devaient s'appliquer, avant tout, à la terre de France, aux intérêts et au caractère des Français. Ils sont rentrés en leur élément qui était la France, ils ont légiféré pour des Français, parce qu'ils étaient Français eux-mêmes, et s'ils se sont encore flattés de légiférer pour le genre humain, c'est que le genre humain n'était à leurs yeux qu'une France plus grande, de même que l'humanité n'était, pour chacun d'eux, qu'un *moi* indéfiniment étendu.

Le Code civil est dépourvu de toute transcendance; il ne vise point au sublime; il est fait pour le commun des Français et le commun de leur vie sociale. C'est un être de terroir, et c'est pourquoi, greffé sur un arbre de France, il a puisé sa sève en la terre française et y a fructifié.

Mais, comme autour des limites politiques de l'État français, il existait des peuples de civilisation analogue, dans des conditions d'existence peu différentes, le Français, en légiférant pour lui-même, s'est trouvé légiférer pour ces peuples. La loi française s'est propagée et acclimatée chez eux naturellement, ici par infiltration, là par transplantation directe. C'est tout le possible en matière de propagation de lois sociales, et c'est beaucoup. C'est même, depuis la diffusion des lois romaines, le seul exemple que nous possédions d'une si large expansion des lois d'un peuple. Nous avons le droit d'en concevoir quelque fierté et d'y reconnaître une consécration de cette magistrature intel-

lectuelle et sociale que la France a exercée au XVIIe et au XVIIIe siècle. Si l'Europe centrale avait adopté le Code prussien de 1794, les historiens de la Prusse ne manqueraient, et, à juste titre, d'en tirer gloire pour leur patrie.

II

L'unification des lois civiles est une des formes de cette tendance à l'unité qui semble diriger toute notre évolution nationale. La monarchie s'y acheminait. A mesure que les communications se sont multipliées entre les différentes provinces de l'ancienne France, les patois ont commencé de disparaître, la langue nationale a prévalu. Il s'est développé des intérêts communs, il s'est noué des affections identiques, il s'est transmis des traditions pareilles, et comme on arrivait à sentir, penser, agir, travailler de même, on a désiré des règles communes pour le travail et la vie sociale. Serait-ce un Grand Coutumier, ou une adaptation du droit romain? Les circonstances en décideraient, mais elles tendaient à en décider selon le tempérament de la nation française, selon les caractères de l'État et du gouvernement en France, par une transaction entre les coutumes et le droit écrit. Les grandes ordonnances de Louis XIV, qui prirent déjà le nom de *Codes*, donnèrent l'exemple et tracèrent la méthode. Il est d'autant plus intéressant de relater ici cette méthode, qu'après avoir tenté de s'y soustraire, les législateurs de la Révolution furent, par la force même des choses, amenés à la reprendre.

D'abord une même vue d'ensemble : rassembler la nation dans l'État, soutenir l'État centralisé par la nation concentrée, développer un être social plus cohérent, plus coordonné, mieux organisé. Le discours que fit Portalis en 1804 pour expliquer l'intérêt de la fusion en un seul Code des diverses lois civiles, aurait pu servir, et peut servir encore, historiquement, d'exposé des motifs aux ordonnances de 1667 et 1672 :

Les hommes qui dépendent de la même Souveraineté, sans être régis par les mêmes lois, sont nécessairement étrangers les uns aux autres; ils sont soumis à la même puissance, sans être membres du même État. Ils forment

autant de nations diverses qu'il y a de coutumes différentes ; ils ne peuvent nommer une patrie commune... Nous ne serons plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais Français.

Colbert, qui avait été conseiller d'État, qui était par-dessus tout homme d'affaires et grand réaliste, se méfiait de la subtilité des doctrinaires et de la confusion des compilateurs. Il proposa au roi de confier ces grands ouvrages à des hommes rompus à la pratique de la vie, mais exercés, en même temps, à la considérer de haut et dans les ensembles. Il forma une commission de conseillers d'État, et le roi décida de la présider en personne. Louis XIV avait tout à apprendre en matière de droit et de législation, mais il avait l'esprit juste, un bon sens large et élevé. Il voulait comprendre ses propres ordonnances, et concerter son propre règne. Il n'apporta point à ses conseillers des lumières personnelles, mais il les obligea, pour l'éclairer, à se rendre eux-mêmes plus lumineux. Ces commissions laissèrent un souvenir si durable, qu'en 1801, lorsque commencèrent les grands travaux du Conseil d'État, on décida, pour les procès-verbaux, de se conformer aux précédents des conférences tenues par Louis XIV.

En même temps que les procédés de travail, la méthode supérieure se pose. Le traité des *Lois civiles dans leur ordre naturel*, de Domat, parut de 1690 à 1697. On trouve dans la préface ces préceptes, qui fondent la science des sociétés sur l'observation, la ramènent aux règles des sciences de la nature et fixent, en une langue précise et ample, ce que l'on pourrait appeler la grammaire de l'art social et du législateur :

Recueillir les faits qui ont fait naître les différends, remarquer les principes dont on s'est servi pour les décider, former des règles sur ces principes, les diversifier selon que les différents faits obligent à les distinguer, rapporter ces règles à leurs matières, et, par l'assemblage de ces matières et de leurs règles, composer une science qui a pour objet tout ce qui se passe dans la société des hommes et qui peut faire naître entre eux quelques différends.

Voilà pour l'investigation, la collection, le classement des phénomènes; voici pour la façon de présenter, en un ordre intelligible, les vérités qui composent la science :

C'est par leur nature qu'elles ont entre elles des rapports et des liaisons, qui font qu'elles n'entrent dans l'esprit que les unes par les autres : que quelques-unes qui doivent s'entendre par elles-mêmes et qui sont les sources des autres, doivent les précéder; que les autres doivent suivre, selon qu'elles dépendent des premières et qu'elles sont liées entre elles ; et qu'ainsi l'esprit devant se conduire des unes aux autres, doit les voir en ordre ; et c'est cet ordre qui fait l'arrangement des définitions, des principes et du détail. D'où il est facile de juger combien il y a de différence entre la manière de voir le détail des vérités qui composent une science mis en confusion, et la vue de ce même détail rangé dans son ordre; puisqu'on peut dire qu'il n'y en a pas moins qu'entre la vue d'un tas confus de matériaux destinés pour un édifice, et la vue de l'édifice élevé dans sa symétrie... On s'est proposé deux premiers effets de cet ordre, la brièveté par le retranchement de l'inutile et du superflu, et la clarté par le simple effet de l'arrangement.

L'ouvrage, ainsi conçu, n'est pas destiné aux seuls savants ou praticiens, rompus au vocabulaire. Il est écrit pour tout le monde, pour le grand public, dirait-on aujourd'hui, en langue vulgaire, disait-on alors, d'où est venue notre expression de « vulgariser », qui n'emporte, en soi, aucun abaissement. Remarquez d'ailleurs, chez ce grand jurisconsulte de la France monarchique, et dans un ouvrage si puissamment concret dans ses éléments, la même illusion de stipuler pour le genre humain, qui sera celle des législateurs de la Révolution :

Toutes les lois, et surtout celles qui ne sont que les règles naturelles de l'équité, sont pour toutes les nations et pour tous les hommes, et elles sont par conséquent de toutes les langues. Justinien permit de mettre le Digeste et le Code en grec, pour les provinces de son empire où cette langue était en usage. Et comme la langue française est aujourd'hui dans une perfection qui égale et surpasse même en beaucoup de choses les langues anciennes, que par cette raison elle est devenue la langue commune à toutes les nations, et qu'elle a singulièrement la clarté, la justesse, l'exactitude et la dignité qui sont les caractères essentiels aux expressions des lois, il n'y a point de langue qui leur soit plus propre...

Voilà les véritables antécédents du Code civil et par où il se rattache à la lignée des grandes œuvres de l'art social en France. Il procède, pour la composition et pour la définition des choses, pour le fond et pour la forme, de la France classique. Sans prétendre diminuer le moins du monde l'influence ambiante des philosophes, il se rattache beaucoup plus directement aux œuvres, fortes et réelles, des grands

légistes français du XVIIe et du XVIIIe siècle; il en est imprégné. A le distiller et l'analyser chimiquement, si l'on peut dire, on extrairait beaucoup plus de l'esprit de Pothier que de celui de Jean-Jacques Rousseau, et plus d'essence des ordonnances des rois de France, et en particulier des plus récentes, celles de d'Aguesseau, sous Louis XV, sur les donations et testaments, que de celle du *Contrat social.* Pour ce qui est de la forme, elle remonte plus naturellement au XVIIe siècle, en passant par l'école de Condillac, qu'elle ne s'arrête à l'art déjà plus subtil et plus orné de Montesquieu.

III

Que l'ancien régime s'acheminât à l'unité complète de législation, comme il s'était acheminé à l'unité de règne, et que la Révolution n'ait fait, à cet égard, qu'accomplir, d'un seul coup et systématiquement, ce que la monarchie préparait par transactions successives, par empirisme plutôt que par doctrine, faisant du temps le principal instrument de ses réformes, ce sont des faits qu'il n'est plus nécessaire de prouver depuis Tocqueville. Il suffit de rapprocher la législation civile des règlements, décrets et lois d'administration pour discerner les rapports de leur développement et la connexion des unes avec les autres. La suppression des provinces, la création de départements similaires entre eux et symétriques, la suppression des douanes intérieures, le principe de l'uniformité des impôts, sont contemporains des décrets du 4 août et de la première *Déclaration des droits de l'homme*, qui établirent la liberté des personnes et des biens, c'est-à-dire la liberté civile, la fondèrent sur l'égalité entre les citoyens, l'abolition des privilèges des personnes et des servitudes de la terre : un même régime dans toute la France, pour toute la terre française et pour tous les Français. La suppression des maîtrises et jurandes, par Turgot, avait posé, en principe, la liberté du travail; l'édit de 1787 qui rendait l'état civil aux protestants, la dignité à leurs mariages, la légitimité à leurs enfants et les mettait, sous le rapport de la famille, dans le droit commun des Français leurs pères, d'où les édits de

Louis XIV les avaient proscrits, appelaient naturellement et comme de nécessité, la sécularisation de l'état civil et celle du mariage, ramenant la naissance et la mort à des déclarations, le mariage à un contrat, constatés et sanctionnés par l'État. C'était l'application à la vie civile de la parfaite liberté de conscience qui était alors dans les vœux et formait l'un des premiers articles de la révolution qui s'accomplissait dans la société française, pour la plus grande indépendance des Français. La même loi d'égalité qui supprimait les privilèges dont jouissaient les uns, devait anéantir les exclusions dont souffraient les autres. La loi ne connut plus ni catholiques, ni protestants, ni juifs, elle laissait chacun libre de professer ses croyances, et de pratiquer son culte ou même de n'en pratiquer aucun. La distinction fondamentale de l'acte de l'état civil, qui est la constatation d'un fait, et du sacrement mystique qui opère par la grâce divine et échappe à nos prises, s'imposa au législateur. De ce concours de nécessités et de convenances sortit l'idée du Code civil.

En avril 1790, Sieyès inséra dans son projet de loi sur l'institution du jury en matière civile, cette disposition : « Les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits, l'un et l'autre, à leur plus parfaite simplicité ». Le 2 septembre 1791, l'Assemblée constituante décréta, à l'unanimité, cette résolution qui prit place dans les articles constitutionnels :

Il sera fait un Code de lois civiles commun à tout le royaume.

L'ouvrage, dès le premier abord, parut facile. Il s'agissait, tout simplement, de définir des faits accomplis, d'exposer en préceptes généraux la volonté générale; rien ne semblait plus aisé que de rendre, par des mots, intelligible à tout le monde ce que tout le monde avait voulu et voulait, irrévocablement. Le Code se fondant sur la nature, l'expression en serait évidente comme celle des lois de la nature, ce qui était la plus fallacieuse des comparaisons, n'y ayant rien de plus complexe que les phénomènes de la nature physique et

rien de moins intelligible aux personnes non préparées que les formules par lesquelles les savants en expriment les lois, à commencer par les primordiales, celles de la pesanteur et de l'attraction universelle. On se flatta de supprimer les conflits, en supprimant les difficultés entre les hommes : on ne dispute point sur l'évidence ! On rêva une nuit du 4 août de la chicane et de la basoche. Il se fit une croisade de jurisconsultes contre les procès, la procédure et les subtilités de la jurisprudence. « Purger la France des différentes coutumes qui la divisent » avait dit Sieyès en 1790 ; « faire disparaître cette tourbe de corbeaux judiciaires », dit Barère en juin 1793.

Cependant ni la figure de la terre de France ne changeait, ni le tempérament, ni les habitudes des Français, ni les conditions de leur travail, ni les nécessités de leur existence. Ce qu'ils voulaient précisément, c'était que l'on y adaptât, en forme de lois nouvelles, les nouveaux avantages et les nouvelles facilités, les libertés plus grandes qu'ils avaient réclamées et conquises en principe. Lorsque les légistes des comités de la Convention entrèrent dans le détail des définitions, des principes et des espèces, ils s'aperçurent que l'œuvre était ardue et demanderait du temps. Ajoutez que leur travail éprouvait les contre-coups des temps terribles qu'ils traversaient ; que si les comités furent souvent un refuge tutélaire pour les personnes, ils n'étaient point l'asile qui convenait aux sereines et subtiles méditations et opérations des lois. Les projets divers qui furent élaborés se ressentirent des changements de l'atmosphère.

Un ancien parlementaire de la monarchie, un futur dignitaire de l'Empire, légiste d'éducation et fertile en accommodements, Cambacérès, devint et resta le président caractéristique de ces comités du Code civil. Sa biographie, en ces crises de 1792 à 1801, résume les péripéties et l'histoire de ce Code, explique la stérilité des tentatives successives que l'on fit, durant ces années, pour arriver à une rédaction, non pas certes définitive, mais seulement présentable ou discutable par les assemblées. Les rapports, amendements, retraits, rapports supplémentaires, renvois et ajournements, bref toute la série des empê-

chements parlementaires, s'expriment comme en leur figure naturelle, par la physionomie de ce gros homme poudré, fin, verbeux, retors et « considérable » qui, tournant la Révolution en moyens de procédure, en tira les moyens de vivre, opéra sur les marges de la Terreur, toujours prêt à monter, encore que lentement, à la tribune, un manuscrit à la main, plus disposé à en redescendre, ne se plaignant jamais d'un délai qui le renvoyait à son cabinet et lui rendait la sécurité.

Ses collaborateurs et lui s'appliquèrent, avec plus de bonne volonté que de suite et de succès, à concilier le droit écrit avec les coutumes, à les mettre d'accord avec les déclarations mouvantes de la majorité, incessamment bouleversée, de la Convention, et les dispositions changeantes des assemblées, souvent changées du Directoire. On y retrouve, cependant, à côté de dispositions d'un caractère trop théorique, des règlements très pratiques, en matière d'hypothèques par exemple, dont les rédacteurs du Code n'ont peut-être pas suffisamment tenu compte. Mais, dans son ensemble, cette « législation intermédiaire » et ces projets de Code nous instruisent plus sur ce qu'ont pensé, senti, tels ou tels législateurs des assemblées révolutionnaires, qu'ils ne nous renseignent sur les origines mêmes du *Code civil.*

A la fin de 1799, la nation française attendait encore, mais avec une impatience croissante, ce Code toujours promis et toujours ajourné. Elle le réclamait, fondé sur des idées que la vie nationale avait développées en elle, qui perçaient dans ses mœurs avant 1789, dont toutes les assemblées avaient décrété l'application et qu'il s'agissait enfin de réaliser.

Cambacérès les avait, le 9 septembre 1794, exposées en une phrase qui, si elle n'était point d'une langue excellente, était au moins d'une langue claire, sans symboles et accessible à tous les hommes de bon sens :

Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société : être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt de sa personne et de ses biens.

Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter.

Liberté, *propriété*, ces deux notions que le rapporteur du comité de la Convention présentait, en fructidor an II, comme indissolublement liées, que le Premier Consul, en son empirisme supérieur, reçut comme telles et ne sépara jamais dans la conception qu'il se fit de la société française, résumaient, pour les contemporains, la liberté essentielle qu'ils appelaient *la liberté civile*.

IV

Ce fut le premier article du programme du Gouvernement consulaire. En annonçant la constitution de ce gouvernement aux Français, le 24 frimaire an VIII (15 décembre 1799), le Premier Consul leur dit :

La Constitution est fondée... sur les droits sacrés de la propriété, de l'égalité, de la liberté... Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée. Elle est finie.

Son coup de génie fut de discerner que l'immense majorité des Français le comprenait ainsi, et sa supériorité sur les gouvernements précédents fut, l'ayant dit, de le faire et, l'ayant promis, de l'accomplir. On a souvent répété ce mot de lui, à Sainte-Hélène : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles... Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil, ce sont les procès-verbaux du Conseil d'État ».

Ils sont, en effet, l'honneur de ce gouvernement organisateur que Bonaparte concevait alors, non à la façon d'un empire à la romaine, d'un proconsulat immense ou d'un commandement militaire, mais comme une magistrature républicaine. « Premier Consul, je gouverne ; mais ce n'est pas comme militaire, c'est comme magistrat civil ».

Il ne le montra nulle part mieux et plus complètement que dans les fameuses délibérations où s'élabora le Code. Il ne poussa nulle part plus à fond, avec plus d'à-propos sa maxime favorite et ne révéla plus grandement son secret d'État : « Ma politique est de gouverner les hommes comme le grand nombre veut l'être ».

Il ne faut pas chercher à l'œuvre législative de Bonaparte des explications trop compliquées et d'une trop haute philosophie. Il s'assimila les choses de la législation comme il s'était assimilé les choses de la guerre, en les maniant. Il en fut de sa présidence du Conseil d'Etat, ainsi que de son premier commandement à l'armée d'Italie : il vit la fin, il vit les moyens et il les adapta.

Dès l'abord, et bien que la Constitution eût disposé un système très savant et une sorte de gravitation de corps délibérants, votants et sanctionnants, il n'y recourut point. Il revint aux précédents de Colbert et de Louis XIV, qui avaient laissé aux parlements l'enregistrement et les remontrances, mais qui avaient fait préparer par des conseillers d'État le texte et tout le réel des ordonnances. Ainsi, une première commission, composée de Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu, Malleville, fut chargée de disposer l'ouvrage, qui était, comme on l'a très bien dit, « de consacrer les conquêtes de la Révolution, d'opérer une transaction entre le droit romain et les coutumes, et de lier par une transition sans secousses le présent au passé ».

Leur projet, achevé en quatre mois, fut soumis à la section de législation du Conseil, où siégeaient Berlier, Réal, Thibaudeau, Treilhard, Régnier, Muraire, Galli : la Convention y était représentée et même le Comité de salut public de l'an III, ainsi que le Directoire. Le texte établi de la sorte, le Conseil d'Etat, réuni aux Tuileries, le discuta. Le Premier Consul présida cinquante-sept de ces séances, sur cent deux que tint le Conseil.

Il ne se contenta point d'écouter comme avait fait Louis XIV, il prit à la discussion la part la plus active, il la régla, pour ainsi dire et l'ordonna. « Il la provoquait, dit un témoin qui s'entendait aux affaires, Thibaudeau ; il la soutenait, la dirigeait, la ranimait... Il parlait sans apprêt, sans embarras, sans prétention, avec la liberté et sur le ton d'une conversation qui s'animait naturellement suivant que l'exigeaient la matière, la contrariété des opinions et le point de maturité où la discussion était parvenue. Il n'y fut jamais inférieur à aucun membre du Conseil ; il égala quelquefois les plus habiles d'entre eux par sa

facilité à saisir le nœud des questions, par la justesse de ses idées et par la force de ses raisonnements. Il les surpassa souvent par le tour de ses phrases et l'originalité de ses expressions ».

Ce serait prendre les choses par le côté le plus mesquin et trahir surtout une méconnaissance entière de ce qu'est un véritable chef de gouvernement, que de s'attacher à quelques erreurs théoriques, à quelques impropriétés d'expressions, qui çà et là ont pu lui échapper. Son manque d'études juridiques, loin de le gêner, lui fit un avantage dans cette assemblée où il y en avait trop et où la discussion tendait à se disperser sans cesse en arguties, subtilités et distinctions infinies.

Il tint sans cesse, présent, devant ses yeux, l'ensemble du pays; il s'en fit comme une atmosphère où tout respirait, où toute lumière devait rayonner et se répandre. « Il faut, disait-il, que la société tout entière intervienne ici. L'analyse conduit aux résultats les plus vicieux ». Quant au détail des faits, il revint, spontanément, à la méthode naturelle : « remarquer les principes dont on s'est servi pour décider les différends, former des règles sur ces principes ». Et surtout, ce qui constitua son originalité maîtresse au milieu de personnes, habituées pour la plupart à ne considérer que l'homme écrit : voir constamment et montrer l'homme vivant, en relief, ainsi qu'à la guerre, sur les cartes, les montagnes et les troupes en marche; substituer toujours et d'instinct la chose signifiée à la chose signifiante.

Ainsi procède l'homme du monde éclairé, l'honnête homme d'autrefois, le grand homme d'affaires d'aujourd'hui, quand il discute quelque opération. Un Lesseps, à l'isthme de Suez, entouré des ingénieurs et de leurs machines, donne, il me semble, à nos contemporains, une représentation assez exacte, par analogie, de ce que fut alors Bonaparte en son Conseil d'État, au milieu des légistes et de leurs répertoires de jurisprudence.

En toute occurrence, qu'il s'agît des personnes ou de leurs biens, Bonaparte se représentait tel homme qu'il avait connu, tel champ qu'il avait traversé ; il voyait cet homme-là expérimentant, en ce lieu-là,

vivant la loi nouvelle, gêné ou satisfait, et, par là même, conquis à la Révolution ou détourné du régime nouveau. Il cherchait ses exemples et ses applications dans les crises de cette Révolution qu'il avait vécue, avant de l'organiser. Il remplissait, pour ainsi dire, et constamment de réalité recueillie, le moule des formules, et si les articles du Code civil s'ouvrent si aisément à toutes les réalités pratiques de la vie, s'adaptent avec tant d'élasticité aux circonstances coutumières, on le doit en grande partie à l'intervention du Premier Consul, à son intelligence insatiable de clarté, à ce besoin impérieux de netteté dans les pensées et dans les expressions, à son génie essentiellement réaliste et concret. En obligeant les conseillers à exposer, expliquer, justifier devant lui leurs propositions, à les mettre au point de son esprit merveilleusement précis et étendu, à la fois, sans préjugés de carrière ni de doctrine, sans routine et sans utopie ; en les forçant à sortir du convenu, de l'abstraction, du système ; à prendre les faits et les hommes tels qu'ils sont, il les amena à *réaliser* leurs idées, et ordonner en définitions précises les réalités de la Révolution. Il leur disait : « Nous avons fini le roman de la Révolution ; il faut en commencer l'histoire, et voir ce qu'il y a de réel et de possible dans l'application des principes, et non ce qu'il y a de spéculatif et d'hypothétique. Suivre aujourd'hui une autre marche, serait philosopher et non gouverner ». « Les lois sont faites pour les mœurs ». Il interrogeait : « Comment cela était-il autrefois, comment cela est-il maintenant ? Comment cela est-il ailleurs ? — « Cela est-il juste ? Cela est-il utile ? » Il ramenait tout à ces deux questions.

Il n'affecte nullement pour la littérature le dédain des professionnels de la justice abstraite ou de la jurisprudence déductive. Il sait que, de tout temps, la littérature a vécu des profonds litiges et des passions des hommes, que les maximes des moralistes ne sont que de l'observation concrétée, distillée, sublimée. Si un gouvernement de notre temps, mettant à l'étude les lois sur le divorce, y eût appelé, par exemple, selon les époques, un Balzac, un Dumas fils, un Sainte-Beuve, le ton de la discussion n'eût guère différé des propos du Pre-

mier Consul, avant la séance officielle, il est vrai ; mais c'est là ce qui se dit tout haut, ce qui se lira ailleurs, entre les lignes, va droit au fait et contient toute la moelle.

« La vertu des femmes est mise en question depuis le commencement du monde. L'histoire ancienne et moderne, toute notre littérature, notre littérature dramatique ne reposait sur autre chose que sur l'adultère ». Sur quoi Thibaudeau, plus homme d'affaires qu'homme du monde : — « Oh ! oh ! citoyen premier consul ? » Et Bonaparte de reprendre : « Il n'y a pas de doute... *Andromaque*, *Œdipe*, *Phèdre*, *Mithridate*, *Oreste*, qui sont de véritables chefs-d'œuvre, ont pour action principale un adultère et souvent quelque chose de pire, quelque chose de monstrueux, l'inceste ! Lisez Beaumarchais, son *Figaro*, l'histoire de France, celle du moyen âge ; partout il n'est question que de femmes aimées à l'encontre des lois. Après cela, comment vouloir que l'adultère n'entre pas comme élément littéraire dans notre littérature, puisque cet élément abonde dans l'histoire et dans la société ?... »

Délibérer de la sorte, c'est vivre la loi. De cette vie, il s'est infiltré quelque chose dans les articles du Code, et l'on ne doit pas s'étonner qu'un observateur et un romancier, comme Stendhal, l'y ayant retrouvée, ait pu prendre, sans paradoxe, la lecture de ces articles pour un exercice utile de gymnastique et d'entraînement littéraire. La littérature s'introduisit ainsi, dès l'abord, dans le Code civil, et le Code civil, par la suite, le lui a largement rendu.

Trente-six lois, embrassant toutes les relations des citoyens entre eux, le régime des personnes et celui des biens, furent ainsi préparées et votées de 1801 à 1803. Le 21 mars 1804, elles furent réunies en un seul corps de législation qui constitua le Code civil. Un grand homme l'a voulu, des hommes de loi, des hommes d'affaires l'ont composé. On en a fait honneur au Premier Consul et l'on a eu raison. Le grand homme d'État n'est pas celui qui prétend forcer une société à entrer dans le moule que, dans sa présomption, il a formé pour elle et qui légifère selon son génie à *lui ;* c'est l'homme qui légifère selon son

génie à *elle*, lui procure les moyens de vivre selon sa constitution propre, d'améliorer ses conditions d'existence sans dénaturer ses organes, l'accouche de l'être social qu'elle a engendré, dans sa croissance, et qu'elle portait confusément en son sein. « Les lois, disent en leur *Discours préliminaire* les rédacteurs du Code, ne sont pas de purs actes de la puissance... les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ».

V

Le Code civil, c'est la jurisprudence du droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble et adaptés à la *Déclaration des droits de l'homme*, selon les mœurs, convenances et conditions de la nation française. Il en devint le *livre de raison* et procura la paix sociale comme une bonne hygiène procure la santé. Dépouillant tant de lois locales ou tant de lois de circonstance des éléments hétérogènes qui les embarrassaient et embrouillaient ensemble, il fit de leurs substances respectives, une combinaison ingénieuse où chacun retrouva, très vite, ses règles habituelles dans la règle qui devenait celle de tous.

Si cela se fit, c'est que la nation française s'y disposait d'elle-même, depuis longtemps, par toute la crue de son histoire. Le Code civil ne força aucun des anciens pays de France à recevoir la loi d'un autre, mais en dégageant, pour en faire la loi nationale, ce que des siècles d'existence commune, les échanges, les mariages, la volonté tant de fois déclarée et prouvée de vivre ensemble et de former un seul corps, avaient engendré d'idées, de pratiques et de maximes communes, il fit pour la famille et la propriété, ce que l'administration homogène, la justice uniforme, la règle générale de l'impôt, le concordat enfin, faisaient pour la vie de l'État et pour la religion. Il sortit de la même conception et fut aux choses de la vie sociale, ce que les grands réseaux des routes et des canaux furent à la vie industrielle et marchande. Il ne rompt, ni n'arrête ni ne détourne l'évolution de la nation française, il la définit, l'ordonne, et la continue. L'histoire de la société française a été pour ses rédacteurs, selon le mot de l'un d'eux, à

propos de Montesquieu, « la physique expérimentale des lois », et comme l'a dit un grand historien de notre temps « la sociologie même ». Le Code civil est donc, sous ce rapport, une œuvre essentiellement nationale et française.

Il le devint aussi par la part qu'il prit à l'expansion nationale, à la suprématie politique de la France dans l'Europe occidentale. Il en fut l'instrument et il en fut le symbole. Il se rattache ainsi à l'idée, toute contemporaine, des *limites naturelles* de la République française. C'est précisément dans ces mêmes limites, par la nature des choses sociales, beaucoup plus que par le fait des montagnes et des fleuves, qu'il contribua puissamment, de 1804 à 1814, à la réalisation de cette idée magnifique et que, depuis le refoulement de la France dans ses limites anciennes, il a cependant maintenu autour d'elle, dans ces mêmes contrées, les traces glorieuses et les monuments d'une influence dont les effets n'ont pas encore disparu. Dans les pays, réunis de 1795 à 1802, et où il a subsisté, la Belgique, le Luxembourg et jusqu'à une époque récente, les pays allemands de la rive gauche du Rhin ; dans les pays inféodés où il n'a été qu'un modèle et un appel de réformes, le Code civil est resté, pour les peuples, la Révolution française organisée. Quand on y parle du bienfait de cette Révolution et du rôle libérateur de la France, c'est au Code civil que l'on pense, « à cette application de l'idée de justice aux réalités de la vie », et c'est en ces lois de liberté civile et d'égalité que se réalise le souvenir de la Révolution française.

VI

En France même, il s'est vite et intimement mêlé à la vie nationale. Il est demeuré très familier et très populaire parmi les citoyens qui constituaient le fond de la nation à l'époque où il a été fait, ceux qu'en le faisant, ses auteurs ont eus à peu près exclusivement en vue : les propriétaires du sol et dans cette catégorie de Français, les plus nombreux, les paysans. Il est, dans ses dispositions relatives à la propriété, la loi d'un pays agricole où la propriété est morcelée : elle l'est, très

anciennement, par la nature du sol, les conditions de la culture ici, les nécessités de l'élève du bétail et du pâturage enclos, là ; elle l'est déjà, dans beaucoup de provinces, par le partage entre les héritiers. Les grands domaines sont rares, ils se forment par agglomération de champs ou de prés, ce qui permet de les diviser aussi aisément qu'on les réunit. Les ventes des biens nationaux ont contribué au morcellement du sol, moins toutefois qu'on ne l'a cru. Ces ventes ont divisé des domaines ecclésiastiques et des domaines seigneuriaux ; mais elles ont accru des propriétés bourgeoises ou paysannes.

Le Code considère la propriété comme l'effet et la consécration du travail, comme le lieu, la condition d'existence et de durée de la famille. Par ce mot propriété, il entend à peu près exclusivement l'immeuble, la maison et surtout la terre. C'est le sens où l'immense majorité des Français prend le mot. Dans l'usage de la langue, propriété se confond avec terre, héritage avec propriété du sol ; aujourd'hui encore, un homme riche et qui possède à la fois des terres et un portefeuille, dira, dans nos provinces, du portefeuille : ma fortune, et des terres : mes propriétés. Propriété du sol, héritage, famille, se mêlent ainsi, et l'on a vu que, dès le début de la Révolution, dès qu'il fut question de rédiger le Code civil, ces deux idées ne se séparèrent jamais, liberté civile et propriété. La propriété est, pour le paysan et pour le non noble de l'ancien régime, le synonyme de liberté, liberté de son bien, c'est-à-dire de son travail, de sa personne, de l'héritage de ses anciens ; il ne doit rien à aucune autre personne par le fait de sa naissance ou de son héritage ou de son acquisition. Il ne doit qu'à l'État, qui est un être de raison, un être impersonnel et devant lequel tous les Français sont égaux, contribuant aux charges publiques en proportion de leurs ressources.

Le paysan connaît la loi, il la révère, parce que la loi c'est la garantie de la jouissance et de la transmission de la terre, de *sa* terre, de *sa* propriété. Une loi, ainsi conçue et libellée en des termes assez clairs, en un langage assez familier et coutumier pour qu'elle soit comprise de tous — même de ceux qui, ne sachant pas lire, ne la connaissent, comme

la langue même, que par ouï-dire et répétition, dénote, de la part du législateur, une connaissance profonde du caractère national, et en particulier du caractère du paysan français. Il sort de la terre, il y pousse, pour ainsi dire, il y demeure attaché de ses pieds qui la foulent, de ses mains qui la travaillent, de son corps qui se déforme à force de se pencher sur elle ; il la remue, la bèche, la nettoie, la soigne, la laboure, l'ensemence, la nourrit, l'abreuve; il y concentre toute son intelligence, toute sa force d'intérêt, toute sa passion de travailler, d'épargner, de conserver, toutes ses facultés d'attachement et de sollicitude; il s'inquiète pour elle du chaud, du froid, de la pluie, de l'orage, de la neige, de la sécheresse, du soleil. Les saisons qui divisent la vie de la terre règlent sa propre vie ; il se renferme, réduit à l'inactivité, pendant les longues nuits où la terre dort ; son sang travaille au printemps comme les grains déposés dans le sol, comme la sève des plantes. La terre est pour lui plus que la moisson, plus que le lait et la chair des bestiaux, plus que la famille même, car sans elle ni la moisson ne mûrirait, ni le lait ne coulerait des mamelles, ni la famille ne croîtrait, ni le feu ne brillerait dans l'âtre, ni le toit ne verrait renouveler le chaume qui le couvre. La continuité de la personne, c'est la famille ; la continuité de la famille, c'est la terre. Aussi, quand le paysan a cessé, faute de lumière, de travailler d'elle et pour elle, il en parle encore, et il ne parle pas d'autre chose, le soir, en hiver, à la veillée, en courtes phrases, coupées de longs silences, pleins de réminiscences; le dimanche, au sortir de l'église, sur la place, après le marché, aux réunions de famille, aux noces, aux inhumations. Il énumère les pièces de la dot, il raisonne des partages; il connaît les noms et sobriquets de chaque pièce, il en connaît l'histoire, d'où ce morceau vient, par mariage, succession ou vente, et quelle vente, licitation libre, licitation forcée, placement pour les uns, déconfiture pour les autres. C'est toute sa morale en action, sa « sociologie » naturelle. Il l'enseigne à ses enfants comme on enseignait aux rois l'histoire de leurs généalogies, de leurs héritages et de leurs prétentions; et avec chaque champ, les litiges qu'il comporte, ses mitoyennetés, ses servitudes, le régime de

ses eaux et de ses passages, les conflits anciens et toute leur chronique ; les temps d'autrefois et leurs charges, l'affranchissement, la conquête, les longues convoitises sur les pièces d'alentour, car tout paysan connaît les patientes entreprises, les longs projets et les entêtements de convoitise ; il guette la saisie de l'un, la décrépitude de l'autre, il calcule sur la maladie, les hérédités, les vices mêmes ; il a, pour son bien, des morceaux dispersés à rassembler, des droits à réclamer, des limites naturelles à atteindre, et comme on dit aujourd'hui, des sphères d'action et des arrière-pays où s'étendre. La patrie, pour lui, n'est que sa terre prolongée dans la grande terre des autres et de tout le monde, et c'est toujours *sa* terre, indéfiniment étendue, cette patrie que l'on n'emporte point à la semelle de ses souliers ; la perdre, c'est perdre tout, « perdre pied » comme on dit, sombrer et s'abîmer. Il s'y tient donc, et, vieillissant, devenu plus lourd, il y enfonce ses sabots, ses gros souliers à clous, il s'y traîne, il s'y affaisse, il s'y couche, il s'y endort du sommeil éternel, à côté de ses vieux, à côté de sa femme, et il se survit dans le souvenir de ce qu'il a fait pour améliorer sa propriété et pour l'accroître. On peut lui appliquer ce mot d'un vieux campagnard à un vieux militaire : « Vous êtes appelé à donner votre vie d'un seul coup, la nôtre s'en va goutte à goutte ».

On a beaucoup trop dit qu'en morcelant les héritages, le Code civil avait ruiné en France la grande agriculture, la grande propriété, supprimé la hiérarchie, empêché le commandement social et fait que la France n'est pas devenue l'Angleterre. Elle est restée la France, ce qui, pour des Français, est l'essentiel. Les grands domaines, les droits d'aînesse n'ont sauvé ni la Prusse, en 1806, ni la Pologne : c'est, au contraire, en y créant la propriété roturière et paysanne qu'on a essayé d'y enraciner pour ainsi dire la nation.

La propriété porte en soi un exemple et comme une transfusion de travail et d'économie ; qui en possède, tend à en posséder davantage ; elle produit la croissance des familles par progrès insensibles, par étapes et assolements successifs ; elle assure des recrues à la société comme des conscrits à l'armée ; elle crée une immense réserve de gens,

de traditions, de force et d'argent accumulés. On l'a vu, en 1871 et 1872, lors du grand afflux de l'argent épargné, pour la libération du territoire. De tels effets après plus d'un demi-siècle d'application, justifieraient le Code civil s'il avait besoin d'être justifié, de ces reproches d'avoir appauvri et dispersé la France. Il ne faut pas considérer, dans ces grands effets, les petites causes et les apparences mesquines, l'âpreté du paysan à gagner et à disputer la terre ; il faut monter, du petit propriétaire au grand, et partout voir cette notion supérieure du bien acquis légitimement qui se confond avec la famille légitimement fondée, et qui fait de cette terre, tant souhaitée, sans doute, et trop crûment aimée souvent, le fond social par excellence, le permanent de la société et de la patrie, dont les détenteurs ne sont que les usufruitiers, devant transmettre à ceux qui sortiront d'eux ce qu'ils ont reçu de ceux dont ils sont sortis. Cette vue-là découvre des horizons étendus, et, de cette hauteur, la loi française paraît en sa majesté, enfantant non seulement de la richesse, mais des affections et des attaches constantes qui lient entre elles les générations d'hommes. C'est ce qu'un poète, très imprégné, par son sang, de la vie de la vieille France, mais très remué, en son cœur, par les frémissements de la France nouvelle, et animé de son souffle, a exprimé en ces beaux vers, adressés aux ancêtres, créateurs du champêtre domaine : (1)

Oh non ! non ! d'aussi loin, père, qu'il me souvienne,
Dès le premier éveil de mes regards d'enfant,
Cette terre fut vôtre, ô père, et non pas mienne !
Elle n'est pas à moi, le respect le défend.

Puissé-je maintenant, possesseur du royaume
Qu'ont grandi trois cents ans vos soucis paternels,
Avec un bois, un clos, une pâture, un chaume,
Lui donner, c'est mon vœu ! ses confins naturels,

Sans oublier jamais, servi par la fortune,
Que ce noble travail fut par vous commencé,
Et que ma part n'est rien dans notre œuvre commune,
O bienfaisants aïeux, perdus dans le passé !

(1) Charles de Pomairols : *La Nature et l'Ame. La poésie de la propriété.*

La conception de la propriété, selon le Code, qualifiée de matérialiste par quelques esprits trop subtils en leur critique trop intellectuelle, a donc aussi sa poésie qui sort directement de cette source intarissable de poésie, la vie humaine, la peine et le labeur humain, l'effort vers ce qui dure de nous, la famille, et l'attache à ce qui ne passe point, la patrie. Un artiste y découvre la trame idéale que les hommes tissent sans le savoir; l'homme d'État en tire la force qui fait vivre les nations, et la nation ce sentiment de la liberté individuelle qui se confond avec la dignité de l'homme et qui est aux démocraties vivaces et puissantes ce que l'honneur était aux monarchies.

Force de loi! dit-on, communément. La loi n'obtient cette force que par sa parfaite adaptation aux besoins de la société qu'elle régit. Le Code de la propriété parut, du jour de sa promulgation, dater de plusieurs siècles, vieux et consacré comme tout le passé du travail français. Il suffit qu'on le crût simplement menacé, un jour, vers 1815, par les fanfaronnades de quelques émigrés et les paradoxes de quelques publicistes, pour que l'on découvrît à quel point la nation le jugeait indestructible.

VII

C'est précisément cette puissance et ce singulier prestige de durée qui donna, aux réclamations dont il fut l'objet, un si large retentissement. Par l'intérêt qu'elles suscitèrent partout où l'on lisait, pensait et discutait en France, on peut voir à quel point la législation, accessible à tous, y était devenu notoire et familière à tous. Je ne crois point qu'il existe un pays où la loi civile ait, à ce degré, pénétré dans les mœurs et se soit si intimement mêlée à la vie intellectuelle, passionnelle et littéraire du pays.

Le Code civil a été fait en vue de l'ensemble et pour la durée de la société : l'attachement de la masse à cette loi a fait sa force. Les réclamations proviennent des individus, de la rivalité de leurs passions, de leurs intérêts particuliers en révolte contre la loi commune qui les froisse, les gêne ou les opprime. Par son institution permanente : la

famille et la propriété, la loi civile a trouvé sa poésie ; elle a trouvé sa littérature dramatique et romanesque par les conflits qu'elle soulève entre les individus, par les obstacles qu'elle leur oppose, par le caractère personnel que prend pour chacun, dès qu'il l'aborde, la discussion de ces problèmes. Chacun porte en soi, latentes au moins, les passions qu'il voit éclater chez autrui et ne s'en peut désintéresser, soit qu'il les exècre, à cause des dommages qu'il en a subi, ou simplement de l'effroi qu'il ressent pour lui et pour les siens, soit qu'il les ait éprouvées lui-même ou observées de près et ressenties de contre-coup. Les Français ont toujours aimé à disputer sur les principes et à moraliser sur les personnes. Les discussions sur la loi ont cet avantage et, si l'on veut, ce ragoût particulier que si, dans les termes, elles portent sur des principes, dans la réalité et pour chacun des protagonistes elles restent intimement personnelles. On ne peut s'empêcher, dans ces rencontres, d'admirer la familiarité où tous et toutes se trouvent avec les termes juridiques, la facilité avec laquelle se font entendre les gens de pratique et les gens de doctrine, l'attention que l'on accorde à leurs dires, l'intérêt que l'on donne aux anecdotes, aux cas et aux espèces, l'acuité des esprits les moins exercés à la technique, ceux des femmes par exemple, à se porter au cœur des questions, à trouver l'argument décisif, celui que l'on peut tourner, que l'on peut offusquer peut-être par d'autres plus prochains, mais qu'en lui-même on ne réfute pas.

La condition, très subordonnée, des femmes dans le Code, a, naturellement, fourni à ces controverses littéraires et mondaines, leur élément principal. L'émancipation de la femme est devenue, depuis 1830, un thème de discours et un thème de romans. George Sand personnifie, de loin, cette littérature qui ne se lit plus guère. Les controverses sur le divorce ont duré jusqu'à nos jours. On a pu argumenter d'autant plus à l'aise pour et contre le divorce qu'il ne fait point, à proprement parler, partie intégrante du Code civil : il y est entré, il en est sorti, il y est rentré beaucoup plus par l'effet des mœurs sociales que par l'œuvre pure des légistes, sous l'influence de passions, d'émotions, de théories qui souvent se trouvaient en con-

tradiction avec les principes généraux des lois sur la famille et sur le mariage. Encore que restreint et réglé dans la première rédaction du Code, des considérations morales et religieuses l'en ont fait détacher dans l'intérêt de la société. La France a vécu, sans le divorce, près d'un demi-siècle, et sous les institutions les plus diverses, la religion d'Etat et l'indifférence de l'Etat en matière de religion, la royauté, l'empire et la république. Les souffrances individuelles, et elles ont paru à la fois désolantes et insupportables, ont peu à peu ému la pitié, puis la justice. Le divorce a été rétabli dans l'intérêt des individus. La politique y a contribué. La jurisprudence plus que la législation, l'a multiplié au delà de toute attente, et elle a mis la banalité et l'abus, là où les auteurs de la réforme n'avaient cherché que la réparation de misères exceptionnelles. Les conséquences, en moins d'un quart de siècle, semblent désastreuses et c'est simplement se montrer prévoyant que de redouter, de ce relâchement de la jurisprudence, un retour au temps du Directoire, « au scandale de ces divorces continuels dont parle le *Discours préliminaire*, qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué ».

Il est sorti de là toute une littérature, qui compte plusieurs chefs-d'œuvre : douloureuse et tragique, d'abord, dans la réclamation, le cri de révolte, le cri du cœur, l'appel au bonheur et l'appel à l'amour des internés du mauvais mariage, c'est la période illustrée par Dumas fils et Emile Augier ; puis, très vite, la réaction s'est faite au spectacle des troubles infinis, des misères et déceptions sans nombre des libérés sans foyer, des naufragés, des désemparés en eux-mêmes, en leur famille, en leurs enfants, des victimes enfin, volontaires ou inconscientes du divorce. Littérature de protestation ou de plainte, soit qu'avec M. Paul Bourget elle condamne le divorce, soit qu'avec MM. Paul et Victor Margueritte elle le déclare insuffisant, soit que simplement avec MM. Hervieu, Brieux, Donnay, elle étudie et montre le vice du divorce inconsidéré pire que celui du mariage frivole. L'ironie, la satire et la gaieté manquaient à cette littérature. Elles ne semblaient pas de mise, alors que se plaidait seulement la cause lamentable des

désespérés de la loi. Elles sont à leur place, depuis que les gens, maîtres de leur destinée, ne s'en peuvent plus prendre qu'à eux-mêmes des inconvénients, des épreuves et des souffrances qu'engendrent, par les seules conséquences logiques, leurs imprudences ou leurs erreurs. On a ri. La comédie a jeté son grappin sur le *divorce* et peut-être est-ce elle qui en aura raison et en rendra une réforme populaire par l'évidence même de l'abus.

Que ce soit le *raisonneur* ou le *conférencier*, qui en disserte, le conférencier avant, ou le conférencier dans la pièce, sa présence, sa fréquence, son extraordinaire prolixité, documentation et gravité oratoire montreraient seules à quel point le *Code civil* s'est emparé du théâtre. Il s'y trouve chez soi, et il y rencontre son public, se meut à l'aise sur les planches et se procure, par le seul numéro de ses articles, une presse favorable et singulièrement obligeante aux débats juridiques, féconds en discussions et suggestifs de critiques d'à côté. On professe au théâtre, on y plaide. Que de pièces ne sont que la mise en scène de l'action d'un procès! Dans combien *l'exempt* du Tartufe a fait et continuera de faire encore le dénouement, sous les apparences, toutes modernes, du télégraphiste apportant la nouvelle de la réforme attendue dans les lois ou de l'arrêt rendu dans le procès.

Si le *divorce* est le plus passionnant entre les thèmes de la législation au théâtre et dans le roman, il n'est pas le seul. L'enfant naturel possède, tout à côté, son rayon, très garni, dans cette bibliothèque. Ajoutons-y les rapports des patrons et des ouvriers, ou des maîtres avec les domestiques, qui se relient très directement aux problèmes de la famille. Pour ne parler que du plus grand de nos romanciers, de celui qui a conçu l'orgueilleuse pensée de mettre en récits l'histoire des mœurs de son temps, et que la postérité justifie en cette haute ambition, la *Comédie humaine* est imprégnée du Code civil. On l'y devine, on l'y pressent comme l'oracle caché qui révèle aux hommes les passions qui les minent et ouvre les voies à leurs destinées. Malgré son admiration pour Napoléon et en particulier pour ses interventions au Conseil d'Etat, dont il a su, dans les rencontres, tirer grand parti et

s'approprier l'esprit et la forme, Balzac, royaliste, catholique, épris d'aristocratie, de droit d'aînesse, de majorats et de pairie, à la manière anglaise, n'aime pas le Code civil; mais il le connaît et personne n'a montré en un relief plus puissant ce que le seul jeu des lois et des procédures avec les passions des hommes, peut enfanter de crises, de drames, et quel cadre réel et naturel il ouvre à la peinture des caractères et de la vie humaine. Le *Contrat de mariage*, *Honorine*, l'*Interdiction*, le *Colonel Chabert* se détachent dans cette galerie. Ces études mêlent constamment à l'image de la vie la discussion vivante de la loi. Certaines pages comme celles du chapitre IV du *Curé du Village* sont un exemple achevé de ces scènes, qui sont devenues, pour nous, après un demi-siècle, comme des pages de mémoires, la vie sociale notée et représentée.

Après ces réclamations qui présentent toutes le même caractère, — elles sont individuelles et s'élèvent contre des stipulations trop générales, trop « sociales », d'une loi pourtant très individualiste, — le Code civil en a soulevé d'infiniment plus sérieuses, plus profondes, qui procédaient de raisons tout opposées : le développement « social » de la démocratie et les tendances anti-individualistes des nouveaux réformateurs de la société.

VIII

La société, les relations des hommes entre eux, se sont profondément modifiées au cours du dernier siècle. Le Code civil a traversé l'une des plus puissantes révolutions sociales que nous connaissions. Il n'en a point été ébranlé, parce que cette révolution n'a pas atteint ses fondements : la liberté civile, la famille, la propriété foncière et l'héritage. Mais, à côté de ce monde attaché à la terre, on a vu surgir un autre monde, se développer une série de transactions sociales auxquelles les rédacteurs du Code civil n'avaient pas songé, par la seule raison que la société de leur temps les soupçonnait à peine. L'extension quasi-indéfinie du travail humain par les machines, le développement croissant des communications des hommes et des échanges par

les chemins de fer, produisirent des phénomènes nouveaux. En premier lieu une forme nouvelle, au moins prodigieusement renouvelée et étendue de propriété, que le Code civil connaissait à peine, et qu'il rattachait encore au produit de la terre, les *meubles*, qu'il entendait au sens propre du mot, puis les rentes sur l'Etat, les rentes constituées, les parts dans les sociétés. Par l'effet des échanges, par la multiplication des valeurs financières et industrielles, la propriété mobilière a pris autant d'importance dans l'économie sociale du XIX[e] siècle que la propriété purement immobilière en avait au commencement de ce siècle. Le mot : capitaux, se mêle, dans le langage, au mot : propriétés ; on disait : un fonds de terre et c'était la propriété même ; on dit : des fonds, mes fonds, et c'est, en nombre de cas, toute la propriété. C'est que la France toute agricole et foncière s'est transformée en une France industrielle, banquière et spéculatrice. Tout prit une mobilité extraordinaire et inattendue, le travail et ses produits, les moyens de fortune et la fortune même, les hommes et les choses. En même temps que se créait cette propriété constamment mouvante, et, partant, vouée aux incertitudes des affaires humaines, à tous les contre-coups de la politique, des guerres et des révolutions sur toute la surface du globe, surgissait une classe d'hommes, celle des ouvriers industriels, portant la main-d'œuvre où l'industrie allait la demander, s'agglomérant autour de fourneaux, en populations immenses aussi instables, aussi dégagées des liens du sol que les produits qu'elles concourent à fabriquer, et par la force même des choses, non seulement détournée de la propriété rurale, mais obligée de disputer à une concurrence effroyable, l'accession, de plus en plus difficile, à la propriété nouvelle, contemporaine de son avènement social, la propriété mobilière.

L'épargne qui, dans le régime de la propriété rurale, devient une sorte de semence, sort de la récolte et retourne à la terre pour y fructifier, se transforme comme le travail et se mobilise. Elle était adjuvante, elle devient créatrice ; elle est le point de départ de fortunes nouvelles, d'une nouvelle richesse ; elle a permis par le rassemble-

ment facile des efforts et des ressoures, d'immenses entreprises et formé des relations nouvelles entre les hommes.

L'assurance pour la vieillesse, qui, pour le paysan, consiste dans le sol où est bâtie sa maison, son refuge, se pose comme le plus urgent et le plus difficile des problèmes, pour qui n'a ni maison à soi ni terre à cultiver. La famille, considérée comme une sorte de production humaine, tenue par ses racines, resserrée autour de la maison paternelle, se déracine, se transplante, se disperse et ne se retrouve plus. La tradition, qui est la religion du foyer, s'efface en même temps que le foyer s'éteint, et l'héritage perd sa signification, primitive et forte, son efficacité aussi, lorsqu'il ne représente plus qu'un lot de meubles usés et d'ustensiles à vendre sur la place publique.

Cependant le monde nouveau est, comme l'autre, avide de durer; il ressent tout aussi intense que l'ancien monde le besoin du foyer, l'amour des enfants, l'aspiration au bien-être plus grand, à l'indépendance plus étendue, le vœu de l'héritage pour les enfants, de la retraite pour les vieillards, l'amour de la propriété qui assure l'indépendance et satisfait aux besoins. Et, lors même qu'il les renie, il porte dans ses moelles ces traditions ancestrales de labeur, d'économie, d'aisance qui ne sont pas autre chose que la dignité dans la vie et la sécurité dans les affections. Il cherche, par les mêmes moyens, mais plus péniblement, à se conquérir, dans les champs nouveaux de la fortune nationale, cette part de biens que ses anciens, les paysans, cherchaient dans le sol du pays. Plus péniblement, dis-je, car le paysan enrichi n'est qu'un défricheur et un laboureur, l'ouvrier qui fait fortune est un découvreur et un conquérant.

Ces familles, on pourrait dire ces tribus nouvelles, cette société en marche, ces colonies errantes sur un sol très disputé et très exploité, cherchent, en peinant, leurs conditions d'existence : le législateur cherche, en tâtonnant, à en discerner et à en tracer les règles. Tout un nouveau Code civil s'élabore ainsi à côté de l'ancien. Le rapporteur du projet en 1793 ne soupçonnait pas plus le travail industriel et les agglomérations ouvrières, qu'il ne prévoyait la transformation de la

propriété mobilière. Il dit, comme en passant : « La partie des contrats ne nous a pas offert d'aussi grands changements que les autres : les simples relations commerciales, celles qui n'appartenaient pas exclusivement à une classe d'individus, avaient assez approché de la justice, attendu que, dans cette promiscuité d'intérêts, les choses avaient naturellement pris leur niveau ». On ne se doutait pas alors que, sous ce chapitre des contrats, couvait une révolution plus profonde, plus étendue et infiniment plus difficile à adapter aux lois françaises, que celles que l'on était en train d'accomplir. Les législateurs de 1802-1804 ne s'en doutèrent pas davantage et, dans le Code civil, où l'idée du travail se lie essentiellement, comme celle de la propriété, à la terre, à la maison, le louage de travail et d'industrie se mêle, dans un même chapitre, au bail à ferme et au bail à cheptel, au louage des champs et à celui des bêtes. Quant aux responsabilités qui en découlent, de la part du maître ou de celle de l'ouvrier, elles trouvaient leur règle, suffisante pour les hasards de ce temps, mais prodigieusement imprécise et insuffisante pour ceux du nôtre, dans les articles 1382-1384 qui traitent, en général, de la responsabilité quelconque de quiconque risque de causer un dommage à autrui par son fait, sa négligence ou son imprudence. L'immense complication des machines, les périls et les surprises que réservent aux plus avisés, les forces, à peine captées et toujours sauvages de la nature, la hiérarchie des emplois dans les mines, les usines, les chemins de fer, et, par suite, la dispersion des responsabilités, ont posé des problèmes qui sont loin d'être résolus dans leurs détails et ramenés à leurs définitions et à leurs principes. On a, non sans effort, délibéré des lois, encore partielles, comme la loi de 1898 sur les accidents du travail, qui ne s'accordent point toujours entre elles, et pour les coordonner et les rassembler en une loi d'ensemble qui formerait, sinon un code du travail, au moins un titre du travail annexé au Code civil, il faudrait un effort d'intelligence législative qui égalerait, s'il ne le dépassait pas, celui qu'ont dû faire les législateurs d'il y a cent ans.

En même temps que l'on cherche à donner plus de sécurité dans

son travail à la classe des travailleurs industriels, devenue si nombreuse, en notre pays, et, par le suffrage universel, si considérable dans la démocratie française, on essaie non seulement de la rendre plus stable, de l'attacher davantage aux destinées du pays, de lui rendre accessible, par la divisibilité des titres, la fortune mobilière, par l'économie domestique et les caisses d'épargne, la transformation en rentes sur l'Etat de leur épargne; mais on tâche de créer, pour les ouvriers et à leur usage, une forme nouvelle de propriété foncière, l'habitation à bon marché, aboutissant à la propriété qui s'acquiert par l'usage même et comme par une sorte d'épargne foncière.

La femme, dans le Code civil, est une femme dotée, en général, de terre ou de maison, mariée à un propriétaire ou locataire d'immeubles, et, dans le plus grand nombre des cas, associée à son travail. Elle contribue à la prospérité du bien; il est naturel, il est utile que les fruits du travail commun se partagent entre les époux et que l'homme, supposé plus expérimenté, plus fort, en tous cas, de ses mains, et plus apte à remuer la terre, dirige la communauté. Mais ces règles faites pour le ménage rural ne s'appliquent plus directement au ménage ouvrier des agglomérations urbaines. Trop d'occasions y sont offertes à l'indiscipline familiale de l'homme, à ses passions, à son instabilité. Il est trop aisé à un homme sans tendresse et sans prévoyance, d'abandonner sa femme en lui laissant les charges des enfants nés de lui. Lui attribuer la direction d'un ménage dont il répudie la responsabilité, devient une injustice. Cette injustice apparaît odieuse lorsque, par l'interprétation de lois faites pour d'autres conditions et d'autres mœurs sociales, le mari garde le droit de toucher les salaires de la femme abandonnée par lui.

Cette réforme sera suivie, vraisemblablement, d'autres du même genre, provenant de la situation nouvelle que prend la femme dans notre société laborieuse. On connaissait, au temps où fut élaboré le Code, la femme commerçante, et pour elle le législateur avait stipulé des dispositions spéciales. Ces femmes, sérieuses, énergiques et actives, ces « maîtresses femmes », comme on les nomme encore, n'ont pas

disparu ; au contraire, elles se multiplient par la nécessité de vivre, les difficultés du mariage, le développement intellectuel de la femme, son accession à des professions qui demeuraient jusque-là le privilège des hommes : depuis la femme avocat ou médecin, la femme professeur, agrégée ou licenciée, jusqu'à l'institutrice, jusqu'à la femme employée de grand magasin, employée des postes, télégraphes, téléphone. Il se forme toute une catégorie de ménages nouveaux qui se prêtent difficilement aux régimes divers réglés par le *Code civil*. Ces régimes supposent une fortune ou tout au moins des éléments de fortune, acquis au moment du mariage, tandis qu'aujourd'hui, dans un très grand nombre de cas, il s'agit d'une fortune à faire dont on ne peut savoir ni si elle se fera, ni quels en seront les éléments : les époux ignorent en se mariant comment ils vivront, quelles seront les conditions de leur vie. Les époux du Code civil étaient censés le savoir ; ils s'établissaient dans une société stable, les autres s'engagent dans une société nécessairement et partout agitée.

A moins de prétendre créer pour les femmes vouées au travail intellectuel, les institutrices, par exemple, une sorte de célibat, forcé sans être obligatoire, une sorte de tiers ordre dans la société laïque, celui des femmes hors de la famille et hors du mariage, il faudra bien que le législateur, pour résoudre ces problèmes, déjà posés et prochainement urgents, se modèle sur les conditions et mœurs nouvelles, comme il s'est modelé, en 1804, sur les conditions d'une société agricole et propriétaire.

Et après la femme, l'enfant, l'adolescent, la jeune fille. L'établissement d'une famille sans foyer entraîne une sorte de tutelle légale à l'enfant sans protection suffisante. La nécessité où sont les parents de travailler, hors du logis, pour le faire vivre, les empêche de veiller à son éducation physique et à son éducation morale. L'école obligatoire y pourvoit en partie, et elle ne le fait justement et efficacement, qu'autant que la liberté d'enseignement en accorde la rigueur avec la liberté du chef de famille. Mais elle ne suffit pas. Il a fallu se préoccuper de la santé de l'enfant, dans l'âge des transformations physi-

ques, et l'aider à défendre le seul bien qu'il garde de sa naissance, la force nécessaire pour user de la liberté de son travail et de son intelligence : s'il en abuse prématurément, il perd à jamais ce capital naturel. Il a bien fallu que le législateur y pourvût, et c'est encore une partie, non la moindre, de ce Code du travail qui reste à compléter et à coordonner.

IX.

Enfin, il est tout un ordre de relations des hommes que le *Code civil* n'a considéré qu'incidemment et qui a pris, qui prend et prendra dans nos sociétés modernes une place de plus en plus considérable : l'association. Le développement de l'association est un fait social inéluctable ; mais l'association n'assurera aux citoyens les garanties qu'ils cherchent que quand elle sera entrée dans le droit commun des transactions sociales.

Conformes, en cela, à leur conception de la propriété et du travail, les rédacteurs du *Code civil* n'admettaient, entre les hommes, qu'une forme de l'association, la société civile formée entre des propriétaires pour l'exploitation de leurs biens. Ils ne voient dans les autres associations que des faits commerciaux, ils s'en désintéressent et en laissent le règlement au *Code de commerce*. Quant aux associations qui ne constituent ni des sociétés civiles ni des sociétés commerciales, nos lois les avaient reléguées dans le *Code pénal*, et ce Code ne les mentionnait que pour les subordonner à l'agrément du pouvoir : « Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du Gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à ces sociétés » (article 291).

Ces dispositions étaient un reste de l'ancienne législation qui n'admettait d'association ou, comme on disait, de *communautés*, séculières ou religieuses, que par la permission du roi. Villes, universités, hôpitaux, chapitres, monastères, etc., ces communautés formaient des

corps, indépendants des personnes qui les composaient, survivant à ces personnes, et inséparables de la constitution d'une propriété de mainmorte. Cette conception se trouvait en harmonie avec une société qui comprenait des ordres divers de sujets d'un même roi, des classes privilégiées dans une même nation, des régimes différents pour les personnes et pour les biens suivant les origines des biens, les origines des personnes, leur qualité ou leur profession, et où le privilège était la règle et le droit commun l'exception.

L'ancien régime se perpétua ainsi dans le régime nouveau. Il y constituait une anomalie qui devint promptement gênante et parut vite insupportable.

A partir de la République de 1848, qui plaça ce principe dans les lois constitutionnelles : « Les citoyens ont le droit de s'associer », par les conséquences naturelles du suffrage universel et de la démocratie ; par la consécration, dans le droit commun, du droit de penser et d'écrire ; par l'effet d'une conception plus large de la liberté individuelle et de la plus légitime application qu'en puissent faire les hommes, qui est de s'unir entre eux pour en user ou pour la défendre, le sens des mots et le sens des choses se sont précisés. On a justement distingué le droit d'association qui doit être dans le droit commun, de la faculté de créer une personne civile et une propriété de mainmorte.

Il a paru intéressant et bientôt nécessaire que le droit d'association s'étendît à tous les objets qui rendent intéressante ou nécessaire l'union entre les hommes, qui veulent s'aider mutuellement à autre chose qu'à se procurer des bénéfices et à faire le commerce. Dans ces associations qui ont un objet de désintéressement, d'humanité, d'action morale, d'action religieuse, d'action politique, d'action sociale, les associés mettent en commun leurs facultés, leurs connaissances, leur travail intellectuel, leur activité, aussi bien pour la discussion de leur salaire ou la défense de leur travail, que pour la défense et la propagation de leurs idées et croyances communes, l'extension et la diffusion de ces connaissances, idées et croyances, l'enseignement à tous les degrés, la participation au gouvernement de leur pays ou le salut de

leurs âmes, la retraite mystique, la spéculation métaphysique, la pratique d'un culte, la fondation d'un cercle, d'une bibliothèque, bref, toutes les formes de l'entente entre les hommes en vue de se rassembler, de composer des groupes plus intimes et mieux liés dans l'immense dispersion des démocraties et la dispersion plus étendue encore des ouvriers dans les centres d'industrie, en vue d'agglomérer leurs poussières s'ils veulent résister au vent qui les balaie, de réunir leurs eaux éparpillées s'ils veulent en former un courant dont la masse pèse, puissante, et parfois irrésistible.

A l'insu du législateur et longtemps malgré lui, dans l'entre-deux, indéfiniment ouvert des lois sur les sociétés d'intérêt lucratif, civiles ou commerciales, et des associations autorisées par l'Etat, ou reconnues d'utilité publique, il s'est, peu à peu, développé toute une végétation singulière d'associations inconnues des rédacteurs du Code civil et imprévues par eux. Se faufilant à travers les grilles, passant sous des noms de circonstances les barrières des octrois, elles se sont établies aux alentours du *Code civil,* ainsi qu'autrefois, autour des villes fortifiées, se créaient et s'étendaient, dans les terrains vagues et les banlieues, les villes neuves et les faubourgs. Comme ces agglomérations sont devenues des communes distinctes, puis se sont annexées à la grande commune urbaine, ainsi, par tolérance du pouvoir, et faveur de la jurisprudence, puis enfin par conquêtes fragmentaires de la législation même, on a vu ces associations hétérogènes prendre forme, consistance, indépendance, se définir, se créer des usages, s'échapper successivement du *Code pénal* et des réglements de police, pour entrer dans les coutumes, puis, le jour venu, dans la loi civile, et passer du chapitre des délits au chapitre des droits.

La France s'en est couverte. Si l'on continuait encore, par préjugé d'habitude, à refuser aux Français, en comparaison des Anglo-Saxons, l'esprit d'association, c'est que l'on s'en rapportait exclusivement aux statistiques officielles, la liste des privilégiés, des autorisés, d'un côté, et la liste des interdits de l'autre. On en jugeait comme on ferait de l'état intellectuel de la France, à la veille de la

Révolution, en ne consultant que le catalogue des livres imprimés avec privilège du roi, et celui des livres dont le Parlement ordonnait l'incinération en place publique ; la France pensante, avec son génie, passait entre les deux.

Cette évolution s'opère, comme les autres, par flux et reflux ; mais elle s'opère, quelques efforts que les partis politiques aient faits, tour à tour, lorsqu'ils possédaient le pouvoir, pour reprendre et imposer à leurs adversaires les dernières lisières des régimes anciens.

La législation a suivi d'un pas lent, incertain, arrêté souvent et même rétrograde, le mouvement de l'opinion et le développement des phénomènes sociaux. Dans cette marche, la loi de 1864 sur les coalitions marque une étape. Depuis, et parmi tant de formes ingénieuses que la force des choses a suscitées, le législateur, par politique, raison ou nécessité, en a distingué certaines qu'il a classées à part, qu'il a dotées d'un état civil et d'un régime spécial d'existence : secours mutuels, coopératives, syndicats de toute sorte, ces associations, de fait, ont pénétré dans le corps du droit, un peu comme les enfants naturels reconnus entrent dans la famille. Or, elles sont légitimes en elles-mêmes, issues des principes de notre droit public. Le droit même d'association n'y est encore entré qu'en partie. Tôt ou tard, il faudra bien que l'on en vienne, sur cet article, comme on y est venu sur les autres, à la plénitude du droit. On y viendra par les mêmes voies, par la logique insurmontable des mêmes idées et des mêmes faits.

Le *Code civil* ne connaît ni privilèges pour les personnes, ni corps privilégiés, ni noblesse, ni clergé, ni tiers état, ni bourgeois, ni artisans, dans la nation. Un magistrat, un militaire, un propriétaire, un professeur, un prêtre séculier, un religieux, le citoyen le plus qualifié en dignités, et le plus indigent, le plus isolé, le plus abandonné des hommes, sont égaux devant la loi civile qui les prend à leur naissance, les conduit à leur majorité, consacre leur mariage, constate leur décès, et, durant leur vie, règle leur droit de travailler, de contracter, d'user de leurs personnes et de leurs biens sans leur demander quelles opi-

nions politiques ils professent, quelle religion ils pratiquent, ni même s'ils en pratiquent une quelconque. Il n'y a plus, devant la loi civile, ni chrétiens, ni non chrétiens, ni jansénistes, ni protestants, ni déistes, ni athées. La loi s'est interdit d'en connaître le jour où elle a renoncé à inquiéter un homme pour suspicion d'hérésie et à prescrire aux juifs des conditions d'état civil hors du droit commun. L'impossibilité des retours à une religion d'Etat, le scandale et la réprobation soulevés par des lois comme celle du sacrilège, montrent à quel point cette législation est entrée dans la vie nationale des Français. Il reste cependant à la compléter de sorte que les dernières exceptions, en raison de la qualité des personnes, ou de leur profession, ou de leurs croyances, tombent du titre des associations comme elles sont tombées de tous les autres. Ce jour-là seulement, le droit d'association, devenu déjà le droit du grand nombre, sera le droit de tout le monde et entrera réellement dans le droit commun.

Pour accomplir ces réformes ou, pour parler plus exactement, apporter au *Code civil* les extensions que l'on y souhaite, il n'est pas nécessaire d'en modifier l'esprit et la méthode, ni d'en rompre la tradition. La liberté individuelle reste le principe de nos lois. Les lois nouvelles que l'on réclame en procéderont naturellement, car elles n'auront pas d'autre objet que d'étendre et garantir cette liberté.

A mesure que ces réformes s'accomplissent, en détail, et dès que l'on commence à leur voir prendre corps, la pensée vient, nécessairement, de les codifier sous la forme de titres supplémentaires aux Codes anciens, titres du travail, titre des associations, par exemple. Que l'on n'allègue point la difficulté de l'opération. Les atermoiements, les expédients, les lois fragmentaires, les épreuves législatives de toute sorte, le *Code civil* les a traversées. L'entreprise même fut, un moment, qualifiée de conception chimérique. Cependant l'œuvre était possible, puisqu'elle s'est faite; elle était bonne et appropriée aux besoins de la société française, puisqu'elle a duré. Le respect dont elle est environnée, la paix sociale dont elle a été le fondement depuis plus d'un siècle, demeurent la récompense des hommes qui en ont compris

la nécessité, ont voulu, ont su et ont pu l'accomplir. Pour apprécier mieux, par l'exemple même de nos temps, les difficultés d'un si grand ouvrage, nous n'en mesurons que mieux le mérite et nous n'en rendons à ses auteurs que des honneurs plus justifiés.

ALBERT SOREL.

PREMIÈRE PARTIE

LE CODE CIVIL — GÉNÉRALITÉS

A. ESMEIN

Professeur d'histoire du Droit public français à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris, Membre de l'Institut

L'originalité du Code civil

L'ORIGINALITÉ DU CODE CIVIL

Lorsqu'en 1804 le Code civil sortit, clair et harmonique, de sa longue préparation, la France — et c'était justice — le reçut comme un grand bienfait longtemps attendu. Mais l'opinion ne s'en tint pas là. Bientôt, en France et à l'étranger, le Code civil apparut comme une création puissante et neuve. Le premier Empire le revendiqua comme une de ses gloires et peu s'en fallut que la légende le fît sortir tout entier du génie de Napoléon, comme Minerve du cerveau de Jupiter. Cependant lorsqu'on analyse la substance de cette grande œuvre, lorsqu'on suit l'histoire de sa rédaction, l'illusion se dissipe. Presque tout ce qu'il contient a été fourni par le droit du passé — l'ancien droit français, — ou par le droit de la veille — celui de la Révolution ; les éléments vraiment neufs se réduisent à peu de chose. Les rédacteurs du Code, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement à être des créateurs ; c'étaient des disciples et non des prophètes.

I

Les hommes de la Révolution avaient eu tout d'abord l'idée et le désir d'un Code civil tout différent. Celui qu'ils rêvaient devait être surtout l'expression de ce droit naturel, dont les théories étaient alors maîtresses de tous les esprits cultivés.

Il devait être, par suite, simple comme la nature et parler à tous les esprits aussi bien qu'à tous les cœurs. Il devait être si clair que tout citoyen, tout adulte, pourrait en comprendre les dispositions sans autre secours que celui de l'intelligence naturelle à tout homme. Le jeune Français, formé par la Liberté, devait en traduire instinctivement les principes, comme le jeune Télémaque, élevé par Mentor, retrouvait la pensée de Minos, aux yeux émerveillés des vieillards de la Crète.

Ces idées étaient si répandues et si puissantes, qu'elles séduisirent momentanément des hommes tels que Sieyès et Cambacérès. On les constate surtout dans les débats qui se déroulèrent, devant les assemblées de la Révolution, sur l'institution du jury civil.

A l'Assemblée constituante, Sieyès, qui était un ardent partisan de cette institution, avait rédigé, pour l'établir, un plan qui réunit un moment la

majorité du Comité de Constitution. Avec sa vue pénétrante, il ne s'était point dissimulé les difficultés et les objections, et, pour écarter la plus grave — la difficulté de séparer le fait et le droit, — il proposait de soumettre au jury la question de droit aussi bien que la question de fait. Mais cela pouvait-il se faire? Sieyès reconnaissait qu'actuellement cela était impossible avec un jury commun, composé de citoyens pris indifféremment dans toutes les classes de la Nation ; aussi proposait-il, pour commencer, un jury où domineraient, formant la grande majorité, des hommes de loi. Mais pourquoi cela était-il impossible? Uniquement à cause de la diversité et de la complexité des lois françaises. Mais lorsque serait rédigé le futur Code civil, l'obstacle n'existerait plus et l'on pourrait soumettre toutes les questions de droit aux jurés ordinaires. « Si nous pouvions, disait-il, nous transporter à l'époque, plus ou moins éloignée, où les lois seront à la portée de tous ceux qui doivent les observer, et où ceux-ci seront plus en état de les connaître, vous m'accorderez sans doute, non seulement que les jurés seront très propres à décider les questions judiciaires, mais encore qu'ils vaudront bien mieux pour cette fonction que les juges. En effet, placez-vous au moment où un citoyen commettra un délit soit contre la propriété, soit contre la liberté, c'est-à-dire au moment où il manque à la loi, n'est-il pas vrai que les hommes les plus aptes à connaître la loi qu'il enfreint, sont ses *pairs*, c'est-à-dire ceux qui se rapprochent de sa position par une similitude de devoirs et de relations? » (1). Et voici ce que contenait son projet à cet égard (art. 32) : « Les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits l'un et l'autre à leur plus parfaite simplicité » (2).

A la Convention les mêmes idées reparaissent et s'accentuent. C'est encore la question du jury en matière civile qui les provoque. C'est un des points qui ont été le plus vivement débattus dans la discussion de la Constitution de 1793. Cambacérès, qui veut en introduire le principe dans la Constitution, ne manque pas d'écarter l'objection tirée de l'ignorance des jurés en matière de droit : « La facilité de les établir sort de l'effet des décrets rendus par les représentants du peuple, depuis que le peuple a reconquis ses droits. Elle sort encore de la disposition par laquelle vous venez de décréter que ce Code des lois sera uniforme pour toute la Répu-

(1) Séance du 8 avril 1790, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. IV, p. 74. Le *Moniteur* déclare donner l'*opinion littérale* de M. l'abbé Sieyès.

(2) L'article 86 est, de son côté, ainsi conçu : « Quant à présent et jusqu'à ce que la France soit purgée des différentes coutumes qui la divisent et qu'un nouveau Code complet et simple ait été promulgué pour tout le royaume, tous les citoyens connus aujourd'hui sous le nom de *gens de loi* et actuellement employés en cette qualité seront de droit inscrits sur le tableau des éligibles pour les jurys ».

blique. Remarquez, citoyens, que l'une des grandes objections contre la mesure que je propose est l'impossibilité de séparer matériellement le fait du droit dans la plupart des contestations qui divisent les hommes. Eh bien ! je réponds qu'à l'avenir les procès ne présenteront presque jamais que des points de fait à éclaircir et que la plupart d'entre eux seront terminés par un rapport d'experts ou par une preuve testimoniale. Les dîmes n'existent plus ; la matière bénéficiale a disparu pour jamais ; les droits féodaux sont éteints ; vous avez anéanti les substitutions et abrogé la faculté de tester en ligne directe. Cette faculté sera vraisemblablement modifiée en ligne collatérale. Il ne peut rester aux tribunaux d'autre litige que celui qui dérive des questions d'état, des actions possessoires et de l'exécution des contrats » (1). Thuriot, avec plus de prudence, parle dans le même esprit : « L'institution des jurés au civil est belle ; mais il faut attendre le nouveau Code qui n'aura pas sa perfection avant deux ans » (2). Chabot, qui veut mettre fin au règne des avocats comme à celui des despotes et des aristocrates, propose pour cela mieux encore que le jury civil ; il veut des arbitres, qui ne pourront point refuser cette fonction : « Décrétez qu'à un jour fixe, à un jour où les travaux du peuple sont suspendus, toutes les affaires seront discutées et jugées par des arbitres dans une assemblée générale des citoyens ». Il ne croit point à la complication nécessaire des lois, qu'avait signalée Robespierre : « Mais, a-t-on dit, notre Code civil est trop compliqué pour que chaque citoyen puisse l'appliquer. Mais c'est à vous qu'il appartient de créer l'esprit national par des lois sages. Les lois d'un grand peuple ne peuvent être simples, a dit Robespierre. Moi je prétends que le chef-d'œuvre de la nature est cette unité, cette simplicité dans les mouvements. Je prétends qu'elle a de même consacré le principe de l'unité des lois, pour toutes les nations, dans cette maxime simple : Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît à toi-même. Certes, si l'opinion de Robespierre était fondée, il faudrait renoncer au système républicain. Je sais que des publicistes, plus habiles à détruire qu'à édifier, ont dit que la République ne pouvait convenir qu'aux petits pays. Mais vous, citoyens, vous vous êtes élevés à la hauteur de la nature ; vous avez élevé vingt-cinq millions d'hommes à la qualité de républicains » (3).

Les articles ainsi discutés furent renvoyés au Comité de salut public, qui les avait préparés, et lorsqu'ils revinrent devant la Convention, le 19 juin 1793, les mêmes considérations furent encore présentées. Cambacérès repousse de nouveau cette objection : « La question de droit n'est

(1) Séance du 17 juin 1793, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. XVI, p. 672.
(2) Même séance, *ibid.*, p. 675.
(3) *Ibidem*, p. 677.

presque jamais séparée de la question de fait. — *Réponse* : Cela était vrai dans l'ancien état de la jurisprudence ; aujourd'hui il n'y aura que des questions de fait (faciles) à saisir, plus faciles encore à terminer. Je ne répète point ce que j'ai déjà dit à cet égard dans mes précédentes opinions... Hâtez-vous donc de réformer votre Code ; vous laisserez au moins des matériaux à vos successeurs et ne leur abandonnez pas l'avantage d'établir les jurés en matière civile » (1). Barrère, dans un discours très étudié, demande aussi l'institution du jury civil. Il veut « faire disparaître cette tourbe de corbeaux judiciaires, cette foule d'ennemis clandestins de la Révolution, en détruisant leur repaire... Avec les jurés une justice ambulatoire et *sans formes* assurera des jugements moins dispendieux ; c'est alors vraiment que la justice sera gratuite, impartiale et populaire. Avec les tribunaux vous éloignez l'établissement d'un Code *simple* et uniforme. Avec des jurés le Code civil devient nécessaire, et c'est le seul moyen qui puisse assurer cet établissement » (2). De même Chabot : « Demander l'établissement des jurés au civil, c'est demander *que tous les citoyens connaissent les lois*... c'est resserrer les liens de la fraternité... On objecte que le Code de nos lois n'est pas assez simple pour ce système ; il *faut le simplifier*. Vous convenez tous de l'avantage de cette institution, *moi, qui ne connais d'autre législation que celle de la nature*, je ne crois pas que cet ouvrage soit bien long » (3).

Sans doute, dans cette discussion, quelques voix s'élevèrent pour faire, tout au moins, des réserves : « C'est une folie, dit Hermann, de vouloir que toutes les lois soient à la portée de tout le monde » (4). Robespierre, qui ne veut pas du jury civil, pas plus qu'il ne veut de l'élection au scrutin direct pour les administrateurs et pour les juges, écarte la chimère des lois trop simples : « Nous faisons des lois pour un peuple dont les mœurs sont loin de cette simplicité qui rapproche l'homme de la nature ; *son Code civil ne peut être que très compliqué* » (5). Enfin Hérault-Séchelles, le rapporteur du Comité de salut public, déclare « qu'il ne peut exister avant un assez long espace de temps un Code uniforme de lois civiles ». Il ose même dans son discours citer Dumoulin ; il est vrai que c'est pour

(1) Séance du 17 juin 1793, *ibid.*, p. 695.

(2) *Ibidem*, p. 696 : Barrère reproduit les considérations émises par Cambacérès : « D'après les lois civiles faites, d'après les destructions produites par les trois assemblées, sur les substitutions, les retraits, les successions, les droits féodaux, les matières domaniales et les matières bénéficiales, vous n'avez plus que des questions de fait, des questions de contrats, sur *les actes possessoires et sur les questions de cas* ». S'il n'y a pas de faute d'impression dans le texte du *Moniteur*, Barrère n'avait pas bien compris : Cambacérès avait parlé des *actions possessoires et des questions d'état*, ci-dessus p. 7.

(3) *Ibibem*, p. 697.

(4) *Ibidem*, p. 672.

(5) *Ibidem*, p. 677.

réclamer avec lui que les juges opinent à voix haute (1). Mais le courant principal était bien marqué. C'était un Code aussi simple que nouveau que l'on voulait.

Les projets qui furent présentés à la Convention répondirent à ce vœu ; ou telle fut, du moins, l'intention de leurs auteurs. Il suffit de lire le rapport sur son premier projet que Cambacérès présenta à la Convention le 9 août 1793. C'est d'une œuvre absolument nouvelle qu'il s'agit, destinée à inaugurer, dans l'ordre civil, ce que la Constitution du 24 juin 1793 vient d'accomplir dans l'ordre politique. C'est la voix de la nature et celle de la raison qui se font entendre ; on a fait « l'entreprise de tout changer à la fois dans les écoles, dans les mœurs, dans les coutumes, dans les esprits, dans les lois d'un grand peuple » (2). Et comme « la vérité est une et indivisible » (3), ce n'est pas seulement pour la France que la Convention légifère ; c'est pour le monde entier ; j'en veux pour preuve cette phrase du rapporteur qui sonne comme un couplet de la *Marseillaise* : « O vous, enfants de la patrie ! vous qu'elle a chargés de porter dans cette enceinte l'expression de sa volonté souveraine, soyez témoins du zèle constant des fidèles représentants du peuple pour le salut de la République. Voyez le Code de lois civiles que la Convention prépare pour la grande famille de la Nation, comme le fruit de la liberté. La Nation le recevra comme le garant de son bonheur ; elle l'offrira un jour à tous les peuples qui s'empresseront de l'adopter, lorsque les préventions seront dissipées, lorsque les haines seront éteintes » (4). D'ailleurs, il est fait pour tous les hommes : « persuadés que toutes les sciences ont leur chimère, la nature est le seul oracle que nous ayons interrogé. Heureux, cent fois heureux, le retour filial vers cette commune mère » (5). Il est simple, « grand par sa simplicité même ». Il peut être compris de tous : « Le législateur travaille pour le peuple : il doit surtout parler au peuple ; il a rempli sa tâche lorsqu'il en est entendu » (6).

Cependant la Convention trouva ce premier projet trop compliqué, trop long, trop juriste. Le Comité de législation se remit au travail et le 23 fructidor an II, Cambacérès, en son nom, présenta un second projet en 297 articles : ce devait être encore « le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté » (7). Comme le dira plus tard son

(1) *Ibidem*, p. 703-4 : « C'est là le véritable *palladium* de la liberté ; c'était l'ancien usage. Le célèbre Dumoulin nous apprend que cet usage ne fut détruit que par la corruption et par l'ignorance ».

(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 11.

(3) Fenet, t. I, p. 3.

(4) Fenet, t. I, p. 11.

(5) Fenet, t. I, p. 10.

(6) Fenet, t. I, p. 3.

(7) Fenet, t. I, p. 109.

principal auteur devant le Conseil des Cinq-Cents : « le Comité de constitution s'était attaché singulièrement à séparer les principes des développements, les règles des corollaires *et à réduire l'ouvrage à un recueil de préceptes où chacun pût trouver les règles de sa conduite dans la vie civile* » (1). C'était là plutôt un manuel de morale pratique qu'un Code du droit civil ; et, d'ailleurs, on se trompait fort si l'on croyait, sous cette forme, parler plus clairement au peuple : les coutumes, qui sont l'expression de la pensée populaire, nous montrent que celle-ci procède tout autrement. L'œuvre n'aboutit pas ; mais ce fut la tentative la plus nette de la Révolution pour réaliser sa pensée première.

II

Lorsque la Convention eut accompli ses destinées et que, devant le pouvoir législatif qui lui avait succédé, l'élaboration du Code civil reprit son cours, ce fut encore Cambacérès qui apporta le nouveau projet devant le Conseil des Cinq-Cents, en messidor an IV. Mais que l'esprit en avait changé ! Les yeux du législateur n'étaient plus fixés sur l'astre naissant qui devait le conduire vers un nouveau monde, et, sans répudier les principes essentiels de la Révolution, il tournait ses regards vers le passé, vers le droit national que les Français pratiquaient depuis des siècles.

Sans doute, c'étaient toujours la nature et le droit naturel qui figuraient au premier plan (2). Mais l'état de nature et le droit naturel tenaient déjà une grande place dans les théories juridiques du XVIIe et surtout du XVIIIe siècle, et l'on reconnaît maintenant que « la meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et le progrès de la morale publique » (3).

Mais ce qui marque surtout le tournant de la voie, la reprise de la tradition momentanément interrompue, ce sont les références au droit romain (4) et à notre ancienne jurisprudence. Ce n'est pas seulement

---

(1) FENET, t. I, p. 140.

(2) Rapport de Cambacérès, FENET, t. I, p. 157 : « Les lois civiles, *toujours fidèles aux préceptes de la nature*... L'indissolubilité n'est point *une loi* de la nature ; elle ne saurait être une loi de la société conjugale ». — P. 169 : « *Dans l'état de nature* les conventions étaient simples et bornées ». — P. 149 : « Comme la nature n'assigne pas deux familles au même individu, l'adoption doit le rendre étranger à celle où l'avait placé la naissance ».

(3) FENET, t. I, p. 148.

(4) FENET, t. I, p. 143 : « La règle qui veut que le mariage indique le père ; quoique dans l'endroit où elle se rencontre, il ne soit question que d'un devoir de bienséance et de respect prescrit par le droit romain aux enfants qui appelleraient en justice leur père ou leur mère ». — P. 150 : (La puissance paternelle) « système atroce, que les Romains modifièrent aux jours de leur urbanité ». — P. 157 : « Nous avons préféré l'esprit de la

l'autorité de Montesquieu qui est invoquée, il est vrai, pour justifier les lois successorales de la Convention (1); c'est aussi celle de Pothier (2). On reprend expressément la tradition interrompue; on se rattache formellement au droit ancien pour l'améliorer, et le parfaire (3). Enfin on se montre disposé à transiger sur les principes proclamés par la Révolution; on admet qu'en présence d'enfants naturels « il soit attribué une portion avantageuse aux enfants nés dans le mariage » (4). On renonce à l'administration commune du mari et de la femme; car « quoique l'égalité doive servir de régulateur à tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique » (5).

Le projet Jacqueminot est un nouveau pas dans cette voie. Il fut commandé par la loi même qui ratifia le coup d'Etat du 18 brumaire (6), et composé sous le gouvernement provisoire qui en était sorti. En ce sens, l'œuvre du Code civil se mariait à la puissance napoléonienne, dès son berceau. Ce projet incomplet est précédé — sous le titre : *Idées préliminaires* — d'un discours, où l'on relève deux phrases nobles et justes sur l'Assemblée constituante et sur la Convention (7). Il marque avec précision la voie où l'on s'engage. On ne songe plus à faire du nouveau et l'on

---

législation romaine aux règles établies par nos coutumes, et nous assimilons aux donations à cause de mort les dispositions faites entre époux pendant la durée du mariage ». — P. 165 : « Les Romains avaient conçu la tradition d'après cet esprit de formule dont Cicéron a si bien dévoilé la cause ».

(1) FENET, t. I, p. 166 : « Les lois, dit Montesquieu, font souvent de grands biens cachés et de petits maux très sensibles. Tel a été l'effet des décrets rendus par la Convention nationale pour régler l'ordre des successions et les dispositions purement volontaires ».

(2) FENET, t. I, p. 170 : « Par le contrat, ou la convention, dit Pothier, deux personnes réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent ou de donner, ou de faire, ou de ne plus faire quelque chose ».

(3) FENET, t. I, p. 170 : « Jusqu'ici la lésion avait été comptée parmi les causes qui viciaient les contrats; l'intérêt seul du propriétaire avait dicté cette règle. L'intérêt général nous a déterminé à la proscrire ». — P. 172 : « Il nous paraît inutile de consacrer par une disposition expresse, l'abrogation du sénatus-consulte Velléien ».

(4) FENET, t. I, p. 146.

(5) FENET, t. II, p. 156.

(6) Loi du 19 brumaire an VIII, qui remplace le Directoire exécutif par une Commission consulaire exécutive et les Conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux Commissions, composées chacune de vingt-cinq membres, art. 14 : « Enfin les deux Commissions sont chargées de préparer un Code civil ».

(7) FENET, t. I, p. 328 : « Le premier besoin senti dès 1789, fut celui d'une entière refonte de la législation. C'était une tâche énorme; elle effraya, pour ainsi dire, cette Assemblée même dont les fautes n'ont pu ternir la gloire et qui grandit à mesure qu'elle avance dans la postérité, parce qu'elle fut comme le dépôt de presque tous les talents de la France ». — P. 329 : « La Convention, qui n'entra guère en calcul des obstacles et qui, accoutumée à les vaincre, semblait ne plus les apercevoir, la Convention fut plus hardie que les Assemblées précédentes et chargea ses Comités de l'entière confection d'un Code civil ».

fait appel aux jurisconsultes (1). C'est aussi une réaction marquée contre les lois révolutionnaires qui avaient relâché et désagrégé la famille (2).

On arrive enfin au dernier projet, celui que prépara la Commission nommée par les consuls le 24 thermidor an VIII, celui qui devait être discuté par le Conseil d'Etat et le Tribunat, et voté par le Corps législatif. Le *Discours préliminaire*, signé de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Malleville, montre combien ces vétérans de la Révolution avaient abandonné les idées chimériques de ses premiers jours. Ils veulent même laisser entendre que Cambacérès, jusque-là le principal ouvrier de l'entreprise, ne les a jamais sérieusement partagées (3). Sauf qu'ils sacrifient à la légende en voie de formation, d'après laquelle on voulut voir dans Napoléon un collaborateur de génie à l'œuvre du Code civil (4), il n'est pas de meilleur philosophie législative que celle qu'ils professent.

Ils proclament, en effet, que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ;... que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation ;... qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ;... que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles » (5).

La possibilité d'un Code si simple et si clair, qu'il pourrait être compris de tous, est mise au rang des fables : « Le peuple, dit-on, ne peut, dans ce dédale, démêler ce qu'il doit éviter, ou ce qu'il doit faire pour

(1) Fenet, t. I, p. 330 : « Nous avons eu beaucoup moins la prétention d'être neufs que d'être utiles. Nous nous sommes entourés de jurisconsultes recommandés par l'opinion et par l'estime publiques ».

(2) Fenet, t. I, p. 329 : « C'est, en effet, à la réforme du Code civil et à son influence inaperçue que sera due cette épuration de nos mœurs, sans laquelle la République finirait par n'être plus qu'un vain nom, jouet de tous les vices et de toutes les ambitions... C'est elle qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué... C'est elle qui élèvera une barrière contre les fougueux écarts de la jeunesse ; c'est elle qui, resserrant des liens que les excès de la Révolution ont tant relâchés, garantira la paix de l'Etat par l'union des familles, et rendra les hommes plus faciles à conduire en les rendant meilleurs ».

(3) Fenet, t. I, p. 467 : « Le consul Cambacérès publia il y a quelques années un projet de Code dans lequel les matières se trouvent classées avec autant de précision que de méthode. Ce magistrat aussi sage qu'éclairé ne nous eût rien laissé à faire s'il eût pu donner un libre essor à ses lumières et à ses principes et si des circonstances impérieuses et passagères n'eussent érigé en axiomes de droit des erreurs qu'il ne partageait pas ».

(4) Fenet, t. I, p. 467 : « Enfin *il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine*, toute la constitution d'un Etat ».

(5) Fenet, t. I, p. 466-7.

avoir la liberté de ses possessions et de ses droits. Mais le Code, même le plus simple, serait-il à la portée de toutes les classes de la société? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens? Ne faut-il pas une certaine expérience, pour faire une sage application des lois?... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen » (1).

Par là même on réhabilite la science du droit, les travaux de la doctrine, les collections de jurisprudence, les recueils d'arrêts et de maximes (2) et, bien entendu, les juristes de profession. Par une visée aussi juste que profonde, la Commission établit fortement leur utilité sociale ; elle montre en eux les véritables protecteurs de la liberté civile, ceux qui empêchent l'application arbitraire des lois : « Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes et devient comme le séminaire de la magistrature... Il est trop heureux que la nécessité où est le juge de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice et à sa volonté. — En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art, où le bacha peut prononcer comme il veut, quand des ordres supérieurs ne le gênent pas, on voit les justiciables ne demander et ne recevoir la justice qu'avec effroi » (3).

Enfin le droit romain, qui, alors comme aujourd'hui, avait ses détracteurs, est l'objet d'un juste hommage : « La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent » (4).

Dès lors, que restait-il à faire aux commissaires, sinon à reprendre, en matière de lois, le courant national, à faire passer dans le Code civil, tel qu'il était parvenu jusqu'à eux, ce droit qu'au cours des siècles avait lentement produit l'âme du peuple français, comme elle avait formé sa langue, sa littérature et ses arts? C'est ce qu'ils virent clairement : « Quelle tâche que la législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une

(1) Fenet, t. I, p. 471.
(2) Fenet, t. I, p. 470 et suiv.
(3) Fenet, t. I, p. 472.
(4) Fenet, t. I, p. 480.

institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles » (1).

Mais cette histoire du droit civil français avait une phase toute récente, la dernière, celle de la Révolution. Elle ne comptait que dix années : 1789 à 1799. Mais ces dix ans semblaient avoir fait plus que les dix siècles antérieurs : c'était comme l'éruption soudaine d'une lave encore chaude, à côté des anciennes stratifications lentement formées. On ne pouvait répudier son œuvre, et les commissaires, fils de la Révolution, n'y songèrent pas un seul instant. Mais pouvait-on juxtaposer dans un Code le droit de la Révolution et le droit de l'ancienne France, et de cet amalgame résulterait-il une législation une et harmonique? D'instinct ils le pensèrent, et il est facile de montrer qu'ils avaient raison.

Somme toute, en matière civile, la Révolution n'avait statué que sur un petit nombre d'institutions : l'état des personnes, le mariage, les droits de famille, la propriété, les successions. Et les réformes qu'elle avait accomplies, si soudaines et si profondes qu'elles parussent, ne répugnaient point au génie et aux principes de notre ancien droit, surtout au droit des gens du tiers état. Elles avaient éclaté comme un coup de foudre, édictées en quelques heures par les assemblées révolutionnaires, mais elles avaient été préparées par un long travail de doctrine, auquel les juristes proprement dits avaient contribué pour une large part. Les registres de l'état civil étaient tout préparés par les Edits de 1736 et de 1787. Nos canonistes gallicans, en dégageant si clairement dans le mariage, aux XVII[e] et XVIII[e] siècles, la distinction du contrat et du sacrement, avaient ébauché le mariage civil. En présentant la propriété romaine comme l'idéal, nos juristes avaient condamné par avance la propriété féodale. Enfin, en matière de succession, si l'on écarte le droit d'aînesse et les autres règles propres à la noblesse et à la féodalité, les règles de nos coutumes en matière de rapport montrent que l'égalité successorale était déjà chère aux anciens Français. Non, le droit civil de la Révolution ne rompait pas avec la tradition nationale ; il la continuait et la complétait au contraire. Il en était la floraison dernière. Dans un discours du 19 octobre 1903, un grand orateur anglais, John Morley, s'exprimait ainsi au sujet des démocraties modernes : « Vous (Anglais) possédez la plus grande démocratie qui soit au monde. A la différence de la démocratie française, à la différence des Etats-Unis, la démocratie anglaise a été une tradition splendide et ininterrompue. Nous n'avons jamais rompu avec notre histoire » (2). Il

(1) Fenet, t. I, p. 466.
(2) M. John Morley à Manchester, *Standard* du 20 octobre 1903.

nous est permis de protester contre ces paroles : la démocratie française a aussi une tradition magnifique et ininterrompue ; elle se manifeste dans ce droit clair et juste, dont l'expression dernière se trouve au Code civil.

Les commissaires du Consulat pouvaient donc sans difficulté faire rentrer dans leur œuvre le droit ancien et le droit de la Révolution, sauf à atténuer ce que celui-ci présentait d'excessif dans l'ardeur d'une première poussée. C'est ce qu'ils ont fait délibérément : « Nous avons respecté, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou celles qui, par elles-mêmes, sont évidemment préférables à des institutions usées ou défectueuses. Il faut changer quand la plus funeste des innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit pas céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité, qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes » (1).

La tâche ainsi conçue se présentait toute simple, pour certains des nouveaux Codes. Voici ce que dira plus tard à cet égard la Commission chargée de préparer le projet du Code de procédure civile : « Son but au surplus n'a pas été de créer des dispositions nouvelles; elle s'est fait au contraire un devoir de maintenir toutes celles qui ont paru utiles parmi les dispositions existantes. C'est ainsi que la partie du projet relative aux justices de paix est empruntée presque en entier à l'Assemblée constituante ; et la procédure qu'elle propose de faire suivre devant les autres juridictions, à l'ordonnance de 1667 » (2).

Pour le Code civil, la tâche était plus difficile. Les commissaires parlent bien dans des termes presque identiques de quelques ordonnances anciennes qui avaient unifié et codifié certaines parties du droit civil (celles de d'Aguesseau) : « En examinant les dernières ordonnances royales, nous avons conservé tout ce qui tient à l'ordre essentiel des sociétés, au maintien de la décence publique, à la sûreté des patrimoines, à la sûreté générale » (3). Mais la plus forte part n'avait pas été unifiée et l'on se trouvait en face de la variété des coutumes. Il fallait réduire à l'unité l'antinomie du droit coutumier et du droit écrit : « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas

(1) Fenet, t. I, p. 481.
(2) Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, t. XXI, p. 18.
(3) Fenet, t. I, p. 481.

nécessaire de détruire ; les lois doivent ménager les habitudes quand les habitudes ne sont pas des vices » (1).

Voilà quelle fut l'œuvre propre des rédacteurs du Code. Ils l'ont accomplie avec une modération, une sagesse et une sûreté de main admirables. Ils n'ont guère créé ; dégageant seulement de temps à autre un résultat qui était simplement en germe dans le droit antérieur ou généralisant quelque règle particulariste, comme dans les art. 1138 et 2279 : mais ils ont tout mis à sa place et au vrai point. Ils ont dosé les éléments divers qui devaient entrer dans la combinaison avec un coup d'œil sûr et une main habile. Ils ne se sont guère trompés que lorsqu'ils ont hésité à prendre nettement parti, comme pour la transcription des mutations d'immeubles, entre l'ancien droit et le droit de la Révolution.

III

Quelle est donc l'originalité du Code civil ? Il semble qu'elle soit nulle. Il n'avait même pas celle d'être la première grande codification des temps modernes. Entre temps, la Prusse avait pris l'avance et en 1794 avait été promulgué l'*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* (2).

Cependant le Code civil a vécu et il vit encore. Depuis un siècle il assure aux Français la justice et la paix sociale, et, bien qu'aux admirations des premiers jours aient succédé des critiques souvent vives et parfois injustes, il reste debout, imposant et respecté. Son influence a largement rayonné au dehors, non seulement par les conquêtes militaires du premier Empire, mais aussi par la contagion pacifique des idées. Pour que cela fût possible, il fallait qu'il recélât en lui un principe puissant de force et de vie, c'est-à-dire une profonde originalité. Elle réside en deux qualités principales.

D'abord le droit qu'il contient est, nous l'avons vu, un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non le rêve des individus.

En second lieu et surtout c'est une codification longtemps préparée et bien faite, chez un peuple qui avait, de longue date, l'habitude et le sens de la loi écrite et qui avait, par la pratique, appris l'art de la codification.

La première série de codifications qu'il avait opérée, c'était la rédaction officielle des coutumes sous l'autorité royale ; commencée dans la seconde moitié du XVe siècle, elle avait rempli tout le XVIe et déborda encore sur les siècles suivants. On dit souvent qu'avant la Révolution une grande

(1) Fenet, t. I, p. 481.

(2) Voyez sur ce Code, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3e édit., t. I, p. 103 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 3, n° 3.



partie de la France — les pays coutumiers — vivaient sous l'empire de la coutume. Cela est faux. Les coutumes officiellement rédigées, décrétées au nom du roi, enregistrées par le Parlement, avaient pris presque tous les caractères de la loi écrite. Chacune d'elles (je parle des coutumes générales) formait un petit Code, où ne se trouvaient guère que des règles de droit privé. On avait alors rédigé des Codes civils à la douzaine et ces rédactions avaient été bien faites, d'après une bonne méthode, surtout celles auxquelles s'était appliquée la procédure définitivement arrêtée à la fin du xve siècle. Les projets de rédaction avaient été soigneusement dressés au chef-lieu de la coutume, par les officiers de justice royaux, assistés des notables. Les commissaires, nommés par le roi pour aller sur les lieux faire la *publication*, c'est-à-dire discuter les dispositions avec les représentants des trois ordres et décréter les articles accordés, étaient choisis parmi les premiers magistrats et les meilleurs jurisconsultes. Ce n'est pas tout. Ces textes, si soigneusement arrêtés, avaient été commentés par la doctrine et pour beaucoup de coutumes, après la rédaction première, était intervenue une *réformation*, faite dans les mêmes formes, où les textes avaient été revisés, où l'on avait apporté les corrections et comblé les lacunes signalées par la doctrine ou constatées par la jurisprudence.

Une seconde série de codifications s'était produite sous Louis XIV et sous Louis XV. C'étaient les grandes ordonnances de Louis XIV : celle de 1667 sur la procédure civile, celle de 1670 sur l'instruction criminelle, celle de 1673 sur le commerce des marchands, celle de 1681 sur la marine, — autant de Codes, ceux-là généraux et uniformes pour tout le pays. Ces Codes avaient été très bien rédigés, préparés par des Commissions techniques, discutés dans des Conseils auxquels le Conseil du roi avait fourni ses meilleurs éléments. Sous Louis XV, c'étaient les grandes ordonnances dues à d'Aguesseau, préparées de la même manière, après consultation des grands corps judiciaires : une partie du droit civil — donations, testaments, substitutions — avait ainsi été codifiée dès cette époque. Enfin les règles et la langue de ces ordonnances, comme celles des coutumes rédigées, avaient été précisées par toute une littérature de commentaires.

Il est vrai que pour les coutumes la diversité subsistait, que les pays de droit écrit suivaient principalement les lois romaines et que d'un bout à l'autre de la France certaines matières d'importance capitale (peu touchées par les coutumes) — comme les contrats et obligations, les tutelles — étaient régies par les principes du droit romain. Mais un travail, plusieurs fois séculaire, introduisait là aussi la clarté et l'unité. Depuis le xvie siècle, depuis le discours de Dumoulin, *De concordia et unione consuetudinum Franciæ* et l'*Institution au droit français* de Guy Coquille, nos

grands jurisconsultes s'ingéniaient à créer un *droit commun coutumier*, soit en insistant sur le fonds commun à toutes les coutumes et en réduisant dans la mesure du possible et déconsidérant les règles particulières, soit en appliquant la coutume de Paris toutes les fois qu'il n'y avait pas de dispositions formelles contraires aux siennes. Pothier, dans ses œuvres françaises, représentait éminemment la première tendance, en même temps qu'il rédigeait pour la France entière le système des obligations : la seconde se traduit nettement au XVIIIe siècle, dans l'ouvrage de Bourjon : *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*.

Le droit romain recevait aussi en France son unité, sa simplification. Domat, au XVIIe siècle, en avait fait, en langue française, l'exposition méthodique, dans son grand ouvrage, qui rappelle par sa noble et froide ordonnance les architectures contemporaines. La pratique des pays de droit écrit était résumée dans de nombreux ouvrages, au premier rang desquels sont les *Institutes* de Boutaric et de de Serres.

Ainsi, les rédacteurs du Code civil trouvaient, soit dans les codifications antérieures, soit dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans une langue précise et excellente, les principaux éléments de leur œuvre, puisqu'ils voulaient surtout emprunter au passé. Ils en ont largement usé, et l'on sait qu'un des moyens les plus sûrs pour les premiers interprètes du Code a consisté à rapprocher les articles des passages de Pothier, de Domat, Bourjon, Pocquet de Livonnière, etc., qui en avaient fourni la rédaction ou qui les avaient inspirés.

La France du Consulat trouvait aussi dans le passé les bonnes méthodes de codification. On les suivit, et c'est une remarque judicieuse de M. Aucoc, que les Codes du Consulat et de l'Empire ont été rédigés à peu près dans les mêmes formes, et par les mêmes organes que les grandes ordonnances de Louis XIV. D'ailleurs, la Constitution alors en vigueur imposait par elle-même l'application de ces méthodes. Toutes les lois devaient d'abord passer par le Conseil d'Etat qui les discutait ; lui aussi fournissait les commissaires pour dresser les premiers projets. Sans doute, ces lois étaient discutées au Tribunat ; mais celui-ci ne pouvait qu'en proposer l'adoption ou le rejet pur et simple au Corps législatif, qui n'avait pas non plus le droit d'amendement.

Voilà comment fut accomplie cette œuvre vraiment nationale. Les commissaires du Consulat et les membres du Conseil d'Etat furent simplement les ouvriers de la dernière heure ; ils bâtirent solidement l'édifice dont le plan était tracé d'avance et dont les matériaux avaient été choisis et préparés par les générations antérieures.

IV

Animés d'une haute philosophie législative, instruits par l'histoire contemporaine, grandiose et terrible, les commissaires ont prévu, d'un œil tranquille, les destins réservés au Code civil. Ils ne croyaient point avoir légiféré pour l'éternité. Ils soupçonnaient, dans leur œuvre, ces lacunes qu'on leur a si sévèrement reprochées de nos jours. Mais ils ne se sentaient point coupables, car les rapports, qu'on leur reproche de ne ne pas avoir réglementés, sont nés de la grande industrie et des valeurs mobilières, qui ne se sont développées qu'après eux. « Comment, disaient-ils, enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements, à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? — Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent se présenter au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (1).

Ce n'est pas cependant aux interventions nouvelles du législateur qu'ils songeaient pour compléter leur œuvre. Ils sentaient combien elles sont dangereuses, lorsqu'elles sont hâtives. Ils faisaient appel principalement à la jurisprudence. Non pas que personne songeât alors à professer les thèses hardies, qui surgissent de nos jours et qui voudraient transformer le juge en législateur. Les idées alors régnantes étaient en sens opposé. On voulait délibérément le joug impérieux et salutaire de la loi écrite : « Là où les juges ne sont pas des législateurs, écrivait Cambacérès, il ne suffit pas d'assurer l'autorité des lois par la justice ; il faut encore qu'elles soient disposées de manière à écarter le doute par la clarté, à prévenir les exceptions par la prévoyance » (2). On aurait volontiers, à cette époque, restreint à l'excès le pouvoir du juge, et le Code civil réagit utilement contre cette exagération : « Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient, par des référés, les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le Tribunal de cas-

(1) *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 469.
(2) *Discours préliminaire* du troisième projet de Cambacérès, Fenet, t. I, p. 141.

sation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice » (1).

Mais les commissaires allaient plus loin. Non seulement ils reconnaissaient au juge « l'autorité de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois » ; non seulement ils lui reconnaissaient « l'interprétation par voie de doctrine » ; mais ils admettaient la formation, sur le Code et à côté de lui, d'une véritable jurisprudence complémentaire : « Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis que la combinaison de plusieurs textes, qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or c'est à la jurisprudence que nous abandonnons... les détails variables et trop minutieux qui ne doivent point préoccuper le législateur et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à la jurisprudence à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples *se font avec le temps ;* mais à proprement parler, *on ne les fait pas* » (2).

Pour combler ces inévitables lacunes, ils ont même indiqué à quelles sources (en dehors de l'interprétation des textes) devrait puiser la jurisprudence : « Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer entièrement l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si tendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tous... Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel ; car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ».

Ils ne s'étaient pas trompés. Depuis un siècle s'est accumulée sur le Code civil, une admirable jurisprudence, interprétative et complétive, telle qu'ils l'attendaient. C'est encore là un produit historique, qui, à nos yeux, doit être maintenant le principal objet d'étude pour les civilistes. Le législateur intervient de son côté ; il l'a fait souvent et sans bruit depuis une trentaine d'années. Mais il intervient prudemment, pour consolider une jurisprudence établie ou pour donner satisfaction à quelque

(1) *Discours préliminaire* de la Commission de l'an VIII, Fenet, t. I. p. 474.
(2) Fenet, t. I, p. 476.

doctrine longtemps et soigneusement discutée, qui triomphe enfin dans les esprits. En continuant à suivre cette méthode nous maintiendrons les principes qui ont présidé à la rédaction du Code civil ; nous concilierons, dans un développement organique, les deux forces qui font la vie, le progrès et l'équilibre, — jusqu'au jour où le texte même du Code sera menacé de disparaître sous les modifications et additions successives. Il faudra alors reprendre l'œuvre dans son ensemble et procéder à une rédaction nouvelle : et cette fois encore, pour faire une œuvre égale ou supérieure à la première, il suffira de bons ouvriers, fidèles aux anciennes méthodes et à la tradition nationale.

A. Esmein.

A. VIGIÉ

Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier

DE LA NÉCESSITÉ

d'une Edition du Code civil

AU POINT DE VUE HISTORIQUE

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE ÉDITION DU CODE CIVIL AU POINT DE VUE HISTORIQUE

Le Droit civil français correspond au *jus privatum* des Romains; il règle les rapports des particuliers entre eux; le Code civil ou Code Napoléon est la principale loi du droit civil, il régit les innombrables rapports des particuliers entre eux, détermine leurs droits et leurs devoirs mutuels, au point de vue soit de la famille, soit des biens, soit du patrimoine.

Le *jus privatum* comprenait, en droit romain, tout ce qui regardait les particuliers; on l'opposait au *jus publicum* : le droit civil, le droit commercial et la procédure en faisaient partie; aujourd'hui, trois groupes distincts de Codes et de lois réglementent le droit civil, le droit commercial et la procédure civile : et le droit civil s'applique aux seuls rapports non commerciaux se formant entre les particuliers.

Le Code civil est la réunion des diverses lois françaises, ayant trait à l'état des personnes et au patrimoine et réunies en un seul corps par la loi du 30 ventôse an XII (art. 1, 2, 3, 4 et 5).

Il en a été édicté, par le législateur, trois éditions officielles : la première en l'an XII (loi du 30 ventôse); la deuxième en 1807 (loi du 3 septembre 1807); la troisième en 1816 (loi du 30 août 1816) : cette édition est encore en vigueur.

Pour les besoins de la pratique judiciaire et pour l'enseignement, il a été mis à jour, sous la direction de jurisconsultes éminents, des éditions nombreuses; elles n'ont qu'un caractère purement privé : les unes ont présenté, à côté du Code, les lois nouvelles, qui le modifient ou le complètent; les autres ont rapproché de ses dispositions les principaux documents de la jurisprudence, la *viva vox juris civilis* : nous ne nions pas le mérite de beaucoup de ces éditions.

Mais un enseignement, déjà bien long, nous a permis de constater que ces éditions présentent, malgré leurs qualités particulières, des lacunes considérables : nous en souhaiterions une, qui serait faite au point de vue historique et présenterait, dans un cadre unique, les développements successifs des institutions et des principes juridiques.

Notre vœu sera bien compris et, nous l'espérons, sera justifié, si l'on

veut bien nous suivre dans l'histoire rapide de la formation de la législation française.

Le Code civil a remplacé la législation existante par des dispositions nouvelles, mais ses auteurs « se sont défendus de vouloir tout régler et « tout prévoir » (1).

La confection d'un code, quelque important que soit ce code, n'arrête pas les combinaisons nouvelles; les intérêts particuliers inventent de nouvelles formules, et le législateur doit souvent intervenir pour compléter, modifier ou interpréter la législation. Ainsi un code ne peut s'isoler de la législation qui le suit, et on ne peut en présenter ses dispositions qu'en tenant compte des dispositions nouvelles qui sont venues le compléter ou le redresser. Les rédacteurs du Code civil ne se faisaient pas illusion sur la perfection et la durée de leur œuvre. « Comment enchaîner « l'action du temps, disaient-ils? Comment s'opposer au cours des événe- « ments ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et cal- « culer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler?... Un code, « quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que « mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, « une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les « hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours : et « ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement « modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combi- « naison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (2).

L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII abroge formellement l'ancien Droit français « à compter du jour où le Code civil sera exécutoire; les « lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les « statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou parti- « culière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le « présent Code ». Cette abrogation expresse de toute la législation antérieure à la Révolution a paru indispensable aux rédacteurs du Code pour mettre fin à la diversité qui régnait dans l'ancien droit; elle était nécessaire pour assurer l'uniformité de la législation, vœu de toutes nos assemblées depuis 1789.

Malgré cette abrogation, il ne faut pas croire que les rédacteurs ont créé une législation complètement nouvelle, tout à fait distincte des éléments de l'ancien Droit; certains esprits, étrangers aux besoins pratiques d'un pays, ont pu croire à la possibilité d'une refonte générale des lois et

(1) *Discours préliminaire*, p. XIX.
(1) *Discours préliminaire* du premier projet de Code civil, p. XX (Conférence du Code civil. Paris, F. Didot, an XIII, 1805).

à l'établissement d'une législation complètement nouvelle ; dans cet esprit étaient faits quelques-uns des projets de Code, dont la Convention avait été saisie et qui ne furent pas discutés; leur échec venait de leur caractère.

Les rédacteurs du Code civil comprirent autrement leur mission : « Nous « avons fait, disent-ils, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction « entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été « possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par « les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit « général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de « détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes « ne sont pas des vices » (1).

Ainsi, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas l'ambition d'établir une législation tout à fait différente de la législation antérieurement suivie, mais plutôt de renouveler, dans une grande unité, la législation du pays, en éliminant tout ce qui leur paraissait en contradiction avec les besoins politiques et économiques, et en maintenant les parties compatibles avec le régime nouveau.

Un auteur a eu raison d'écrire que c'étaient là les conditions nécessaires de la codification, et on peut ajouter avec lui : « Mais si cette nécessité « doit se faire sentir à un moment donné, pour le droit de chaque nation, « combien n'est-elle pas plus évidente lorsque quelque grand événement « a changé profondément les conditions économiques, politiques, juri- « diques, morales et sociales de l'existence d'un peuple » (2).

La confection du Code civil était un événement nécessaire : « Ceux qui « ont pu douter de l'opportunité de ce grand travail législatif, paraissent « n'avoir pas bien compris la France, l'époque, la portée du fait qu'ils « blâmaient. La Révolution sociale était accomplie par la destruction du « privilège. Appliquer l'égalité civile à tous les faits de la vie sociale; « organiser puissamment l'unité nationale dans le système politique; « réaliser, en un mot, dans toutes les conséquences, ces deux grands « principes que la France avait élaborés par un travail séculaire, tel « était le but qu'il fallait atteindre. Qui ne voit pas que le Code en était « un moyen indispensable, qu'il était une nécessité, une œuvre de haute « politique? » (3)

Ainsi le Code n'a été ni une œuvre révolutionnaire, ni le produit d'une volonté arbitraire ou d'un système philosophique; il a été bien plutôt le résultat du développement progressif du Droit, qui s'est manifesté sous

(1) *Discours préliminaire*, p. XXXIII.
(2) GINOUILHAC, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. X, p. 423.
(3) ROSSI, *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques*, t. II, et *Revue de législation*, année 1840, t. I, p. 17 et suiv.

une forme nouvelle, pour être en rapport avec des besoins nouveaux, avec un nouvel état de la société. Le législateur n'a pas créé un droit nouveau, il a constaté et confirmé les résultats déjà obtenus; il les a soumis à un travail de revision et d'épuration, les a coordonnés, les a mis en harmonie les uns avec les autres, il en a formé une Loi unique.

Aussi Savigny a-t-il pu écrire : « Les rédacteurs du Code ne voulurent « pas abolir l'ancienne jurisprudence et, sans doute, ils comptaient sur la « durée de son action, quand ils traitaient si brièvement plusieurs ma- « tières très importantes du droit. Leur attente n'a pas été trompée : la « littérature nouvelle se lie tellement à l'ancienne, que l'on a peine à « croire qu'elles soient séparées par le grand événement de la promulga- « tion d'un Code. De tous les éléments de la vie publique, le droit civil « est peut-être celui que la Révolution ait le moins ébranlé et le moins « modifié » (1).

Et M. Valette, dans une communication importante faite à l'Académie des Sciences morales et politiques, a démontré de la manière la plus péremptoire la persistance de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789; l'ancien droit civil français se retrouve avec ses règles (fondamentales ou secondaires) dans notre Code civil; il a montré une vitalité énergique. « C'est comme un arbre puissant auquel la « cognée a retranché quelques branches, et qui n'en demeure pas moins « enraciné dans le sol » (2).

C'est qu'en effet la législation d'un peuple ne se fixe jamais d'une manière définitive, la rédaction d'un code ne l'arrête, ni ne la paralyse dans ses développements, elle forme une longue chaîne de monuments, qu'il faut embrasser dans leur développement, sous peine de ne comprendre ni les dispositions législatives, ni les institutions politiques et judiciaires.

« La France, autrefois divisée en pays coutumiers et en pays de droit « écrit, était régie en partie par des coutumes, et en partie par le droit « écrit : il y avait quelques ordonnances royales communes à tout « l'empire » (3).

Les rédacteurs indiquent là trois des sources importantes de notre ancien droit auxquelles ils feront de larges emprunts.

Si, dans les premiers siècles de notre histoire, suivant l'ancien principe germanique, chacun put vivre sous la loi de son origine, bientôt, sous l'empire de causes multiples, la loi se fait territoriale, de personnelle

(1) Savigny, *Traité de Droit romain*, traduct. Guenoux, t. I, p. 195.

(2) Valette, *De la durée persistante de l'ensemble du Droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789* : compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques, t. XCV, p. 185 et suiv., p. 647 et suiv., et t. XCVI, p. 527 et suiv., et dans les *Mélanges de Valette* (Hérold et Lyon-Caen), t. I, p. 443 et suiv.

(3) *Discours préliminaire.*

qu'elle était jusque-là, et sur chaque point du territoire se développe librement : de là une grande diversité dans la législation.

L'explication de cette transformation et de cette diversité est tout à fait naturelle.

Le mélange des races, occupant notre sol, n'avait pu être empêché, et vers le XIe siècle, il devenait impossible de dire qui était Romain, Franc, Goth ou Burgunde. Ces croisements donnèrent naissance à un peuple mélangé, qui composa deux grandes familles : l'une, au sud, les peuples de la langue d'oc; l'autre, au nord, les peuples de la langue d'oïl, et, suivant la situation des choses et l'organisation du royaume, dans cette dernière partie aux yeux des habitants du sud fut la véritable France et les villes véritablement françaises.

Cette situation devait entraîner la formation de deux législations différentes, appropriées, chacune, au nord et au sud, en rapport avec la différence de nationalité des peuples à régir : et en effet le sud suivit surtout les principes du droit romain, qui y fut désigné et s'y développa sous le nom de droit écrit.

Au nord, au contraire, nous rencontrons des droits locaux, les *usus* et les *consuetudines* du temps des Carolingiens, qui, en se modifiant, par l'effet du temps et des conditions locales, donneront naissance aux Coutumes.

L'opposition de ces deux législations, droit écrit et droit coutumier, consiste en ce que la première emprunte les principes généraux de sa législation au Droit romain, la seconde aux législations d'origine germanique.

Mais cette opposition ne fut pas, entre les deux parties du territoire, aussi tranchée qu'on pourrait le croire : car dans le sud, où le droit commun est romain, les principes germaniques interviennent dans la formation du Droit et des statuts locaux; de même dans le nord, à côté du Droit d'origine germanique, nous constatons l'influence toujours croissante du Droit romain.

Enfin, le régime féodal s'étant établi, au nord comme au sud de la France, apporte partout les mêmes principes et altère les législations des pays du nord et du midi en les modifiant sur des points essentiels.

Les rédacteurs du Code civil étaient trop avisés pour laisser de côté les éléments que leur fournissaient ces deux législations. Ecoutez leurs paroles : « Le droit écrit, qui se compose du Droit romain, a civilisé « l'Europe.... La plupart des auteurs qui censurent le Droit romain, « avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils « ignorent. On en sera bientôt convaincu, si, dans les collections qui « nous ont transmis ce droit, on sait distinguer les lois qui ont mérité « d'être appelées la raison écrite, d'avec celles qui ne tenaient qu'à

« des institutions particulières, étrangères à notre situation et à nos « usages.... » (1).

Comment, du reste, auraient-ils pu oublier que cette législation romaine avait formé la législation méridionale ; qu'elle avait pénétré et transformé notre législation coutumière ; que beaucoup de nos anciens auteurs étaient allés jusqu'à soutenir, en plein pays coutumier, qu'en cas de silence de la coutume, le Droit romain pouvait être suivi comme droit commun général, comme raison écrite : enfin ils avaient à leur disposition les ouvrages de vulgarisation qu'un grand jurisconsulte, Pothier, pour ne citer que lui, avait publiés sur le Droit romain ; ils savaient qu'au Droit romain, presque exclusivement, on avait emprunté la théorie des obligations et des principaux contrats. Est-il étonnant qu'ils aient fait dans une grande partie du Code des emprunts à la législation romaine, telle que l'avaient interprétée nos jurisconsultes français?

Si on en croyait les romanistes outrés, qui cherchaient à discréditer le Droit national, pour rehausser les qualités du Droit romain, le droit coutumier ne serait qu'arbitraire et variété, et absence de tous principes. La réalité est tout autre chose : le droit coutumier, suivant les auteurs de la *Bibliothèque des Coutumes*, a ses principes et ses maximes : « les consé-« quences qu'on en doit tirer dans les occasions ne sont pas moins natu-« relles que celles qu'on tire du Droit romain » (page 2).

Au reste, si le droit coutumier présente un droit local variable de ville à ville, on trouvait dans chaque province un droit général, une coutume générale dans laquelle venaient se fondre les diversités locales, et les coutumes générales révélaient par leur rapprochement un droit commun, droit uniforme pour toute la France. Ce droit commun coutumier, Dumoulin en avait constaté l'existence. C'est ce droit qu'exposeront Guy Coquille, dans ses *Institutions* et sa *Coutume du Nivernais* ; Loisel, dans ses *Institutes* ; de l'Hommeau et Pocquet de Livonnière, dans leurs *Règles du Droit français* ; Prévot de la Janès, dans ses *Principes de Jurisprudence* ; Pothier, dans son *Introduction à la coutume d'Orléans* ; Bourjon, dans son *Droit commun de la France*.

Ce mouvement de la législation vers l'unité fut activé par la revision et la réformation des coutumes diverses de la France : en revisant le droit coutumier, on en adoucit les rigueurs et les aspérités ; on corrigea les principes qui choquaient par leur singularité, de façon que quelques-unes de nos coutumes purent, ainsi remaniées, refléter le droit commun de la France entière.

Ainsi il en fut de la coutume de Paris : « Tellement que je vous puys « dire comme chose très vraye, la coustume de Paris n'estre autre chose

(1) *Discours préliminaire*.

« qu'un abrégé de l'air général des arrest de la Cour du Parlement, et à « tant qu'on ne s'y repentirait d'y avoir recours en défaut des austres « coustumes, comme aussi estant Paris, dedans ce royaume ce qu'était « Rome dedans l'empire » (1).

Et Guy Coquille dit de même : « Chaque province peut et doit s'aider « des coutumes des autres provinces, quand les coustumes domestiques « défaillent, même de la coutume nouvelle de Paris. Non pas pour reconnaître que Paris au fait des lois eut quelque supériorité sur nous.... « mais parce que les commissaires et les principaux auteurs desdites « nouvelles coutumes de Paris et autres provinces étaient personnages « très doctes et grandement sçavants au Droit françois, et avec grande et « longue expérience, on a fait grand état des articles nouveaux de la « nouvelle coutume de Paris. Car lesdits articles de la nouvelle coutume, « pour la plupart, contiennent les décisions de plusieurs difficultés, qui « étaient entre les jurisconsultes français même, qui ont été décidées par « arrêts solennels » (2).

Le peuple, par habitude, était fort attaché aux coutumes; depuis le XIIe siècle, celles-ci n'avaient cessé de se développer, et en présence de ce droit mobile où l'usage formait la législation, il fut difficile au début, en cas de contestation, d'en établir les formules : aussi le pouvoir royal pour ramener l'ordre en cette matière, et aussi pour préparer l'unité de la législation, poussa-t-il de toutes ses forces à la rédaction des coutumes.

Pendant l'espace de temps de plus de deux siècles, la rédaction des coutumes fut la principale occupation de la royauté et des jurisconsultes [ordonnances de Charles VII de 1453, de Louis XI (1481), de Charles VIII (1483 et 1497), de Louis XII (1505)].

Dans ce travail de codification, deux époques doivent être distinguées : la première rédaction, et la deuxième rédaction des coutumes. Entre les deux se place la floraison de l'école des jurisconsultes et l'influence de Cujas.

La seconde rédaction des coutumes se fit sous l'influence de jurisconsultes célèbres et avec une connaissance plus complète du Droit romain; les éléments propres du Droit français furent respectés, mais ils durent céder à l'influence du Droit romain beaucoup plus que dans la première rédaction.

Montesquieu, dans son *Esprit des Lois*, dans le chapitre qu'il a consacré aux coutumes, a bien caractérisé ces grands événements : « Voici la grande « époque. Charles VII et ses successeurs firent rédiger par écrit dans tout « le royaume les diverses coutumes locales, et prescrivirent les formalités

(1) *Lettres* de PASQUIER, liv. XIX, 15.
(2) *Coutume du Nivernais*, prolog., p. 3.

« qui devaient être observées à leur rédaction. Or, comme cette rédaction « se fit par provinces, et que, de chaque seigneurie on venait déposer « dans l'assemblée générale de la province les usages écrits ou non écrits « de chaque lieu, on chercha à rendre les coutumes plus générales, « autant que cela put se faire, sans blesser les intérêts des particuliers, « qui furent réservés. Ainsi nos coutumes prirent trois caractères : elles « furent écrites, elles furent générales, elles reçurent le sceau de l'autorité « royale » (1).

Et à propos des nouvelles rédactions : « Plusieurs de ces coutumes, « ayant été de nouveau rédigées, on y fit plusieurs changements, soit en « ôtant tout ce qui ne pouvait compâtir avec la jurisprudence actuelle, « soit en ajoutant plusieurs choses tirées de cette jurisprudence. Quoique « le droit coutumier soit regardé parmi nous comme contenant une espèce « d'opposition avec le Droit romain, de sorte que ces deux droits divisent « les territoires, il est pourtant vrai que plusieurs dispositions de Droit « romain sont entrées dans nos coutumes, surtout lorsqu'on en fit de « nouvelles rédactions, dans des temps qui ne sont pas éloignés des « nôtres, où ce droit était l'objet des connaissances de tous ceux qui se « destinaient aux emplois civils » (2).

Le droit coutumier, ainsi modifié et transformé, était devenu la loi d'une partie de la France; les rédacteurs du Code civil, qui voulaient ménager les habitudes, pouvaient-ils dédaigner cette source particulière de notre droit national? Aussi ne l'ont-ils pas fait, mais par un choix judicieux, ils ont opéré de larges emprunts à notre législation nationale : « Dans le nombre de nos coutumes, il en est, sans doute, qui portent « l'empreinte de notre première barbarie; mais il en est aussi qui font « honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national, « et qui sont dignes des meilleurs temps. Nous n'avons renoncé qu'à « celles dont l'esprit a disparu devant un autre esprit, dont la lettre n'est « qu'une source journalière de controverses interminables, et qui répu- « gnent autant à la raison qu'à nos mœurs » (3).

Parmi les actes les plus importants de la royauté du xve au xviiie siècle doivent être comptées incontestablement la rédaction officielle des coutumes et leur revision; mais la royauté ne borna pas là son action sur la législation, elle fit plus : pour certaines parties elle créa véritablement l'uniformité législative, et cette uniformité elle la réalisa au moyen des Ordonnances.

Les Ordonnances se rencontrent, à partir du xiiie siècle, mais leur

(1) *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, ch. XLV.
(2) MONTESQUIEU, liv. XXVIII, ch. XLV.
(3) *Discours préliminaire*, p. XXXII.

caractère ne fut pas le même à toutes les époques : au début, la royauté, dont les pouvoirs et l'autorité étaient peu étendus, ne pouvait émettre, sur un sujet d'intérêt général, une ordonnance ou établissement, qu'à la double condition d'en limiter la force exécutoire au domaine royal, et d'avoir l'assentiment des grands vassaux de ce territoire; puis avec la réunion des grands fiefs à la couronne, avec l'affermissement des pouvoirs et de l'autorité du roi, les Ordonnances s'étendirent à la France entière.

Les unes prescrivaient des mesures de police; d'autres avaient pour objet l'administration de la justice, la discipline ecclésiastique, les finances, l'organisation militaire, l'organisation des juridictions royales; quelques-unes réglementaient des points particuliers de la législation civile (1).

A mesure que l'autorité royale s'affermit et s'étend, avec elle s'accroissent l'autorité et l'importance des Ordonnances, et c'est par elles principalement que se manifestent les progrès dans la législation.

Pendant le XVI[e] siècle, on se bornera à fixer des points encore controversés, à établir des principes; puis, au XVII[e] et au XVIII[e] siècle, on reprendra l'examen de ces règles que l'on revisera, fixera, en réglementant, d'une façon complète, des matières d'ordre général : ce sera l'œuvre

---

(1) Parmi ces dernières, citons l'ordonnance de 1260 (du Parlement des octaves de la Chandeleur) concernant les duels et la réglementation de la preuve par témoins : « ...Nous ostons les batailles et en lieu des batailles, nous metons preuves de témoins, « et si n'ostons pas les autres bones preuves et loyaux, qui ont esté en court laye « jusques à ore ». Et plus bas : « cil qui prouverait par bataille prouvera par témoins, « ou par chartre, ou par autres preuves bons et loyaux qui ont esté à coustume en court « laye jusques à ore »;

L'ordonnance de Philippe Auguste de 1214, relative à la fixation du douaire coutumier de la femme à la moitié des biens immeubles possédés par le mari au jour de la célébration du mariage : « ...et devant cest établissement du bon roi Philippe, nule femme « n'avoit douaire, fors cel qui lui estoit convenencié au mariage »;

L'ordonnance de Philippe le Hardi sur les amortissements, extinction et abrégement de fief, et qui rendit possible la possession des fiefs acquis par les gens de mainmorte ou par des roturiers, moyennant le paiement des droits d'amortissement ou de franc fief;

Les ordonnances importantes de Philippe le Bel, sur les privilèges et les limites des juridictions ecclésiastiques et des juridictions temporelles (1290 et 1291), sur la réformation du Royaume (23 mars 1302);

L'ordonnance de Louis X (2 juillet 1315), sur l'affranchissement des serfs du Domaine du Roi, où l'on trouve la déclaration suivante : « Comme selon le Droit de nature chacun « doit naistre franc... Nous considérons que nostre royaume est dit et nommé le royaume « des francs, et vaillants que la chose accordant au nom... Par délibération de nostre « grand conseil avons ordonné et ordonnons, que généralement partout nostre royaume, « de tant comme il peut appartenir à nous et à nos successeurs telles servitudes soient « ramenées à franchise... »;

L'ordonnance de Charles IV (1324), qui décida que les frais du procès seraient à la charge de la partie qui succomberait;

L'ordonnance de Philippe de Valois, relativement aux procès relatifs à des biens propres appartenant à un mineur, qui pourront être intentés ou défendus, sans avoir à atteindre la majorité de l'intéressé (Comp. LOISEL, *Règles*, liv. I, tit. IV, règle 12).

dont, au XVI[e] siècle le chancelier de L'Hospital, sous Louis XIV le premier président de Lamoignon, et sous Louis XV le chancelier d'Aguesseau, seront les inspirateurs (1).

Les ordonnances du XVIII[e] siècle présentent une grande importance juridique. Sur l'initiative du premier président de Lamoignon, on voulut entreprendre un travail de revision et de coordination des diverses

(1) Pendant le XVI[e] siècle, nous rencontrons l'ordonnance de 1510 de Louis XII, qui, dans son article 46, fixe à dix ans la durée de l'action rescisoire, pour minorité, vices du consentement, erreur, violence, dol ou lésion : « ...Nous avons ordonné et ordonnons « que toutes rescisions de contrats distracts ou autres actes quelconques fondées sur dol, « fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'autre moitié du juste prix, se « prescriront d'ores en avant, tant en nos pays coustumiers que de droit escrit, par « le laps de dix ans continuels, à compter du jour que les dits contrats distracts ou « autres actes auront esté faits et que la cause de crainte, violence et autre cause légi- « time empeschant de droit et de fait la poursuite des dictes rescisions » (origine de l'article 1304 C. civ.). — L'article 68 fixa à six mois la durée des actions des gens de métier et marchands au détail (origine de l'article 2271 C. civ.). — Article 67. L'action des domestiques pour leurs gages, un an, à compter du jour qu'ils seront sortis de leur service (origine de l'article 2272 C. civ.). — L'article 71 fixe à cinq ans la prescription pour arrérages de rentes (autres que les rentes foncières [origine de l'article 2277 C. civ. et des articles 125, 126 et 127 de la Coutume de Paris]).

L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 est l'une des plus importantes du XVI[e] siècle; à côté de dispositions sur la juridiction ecclésiastique, qu'elle abolit en matière pure personnelle laïque et restreint aux causes pures spirituelles et ecclésiastiques et en matières de sacrement (art. 1[er]), l'ordonnance imposa aux curés l'obligation de tenir des registres des baptêmes et des décès, mais au regard des collations de bénéfices, et fut le point de départ d'une législation sur les actes de l'état civil que complétèrent l'ordonnance de Blois, et que la Révolution couronna par la sécularisation des actes.

Elle posa le principe que les dispositions entre vifs et testamentaires ne peuvent être faites, aux profit et utilité des tuteurs, curateurs, gardiens baillistes et autres administrateurs, par ceux qu'ils ont eu sous leur autorité, disposition qui est devenue l'origine de notre article 907 du Code civil.

Les articles 131, 132, 133 réglementent les effets des donations, soumises à l'insinuation pour leur efficacité (origine de l'article 939 du Code civil) et qui, si elles sont faites en l'absence du donataire, ne peuvent produire leur effet qu'après l'acceptation formelle par ce dernier (origine des articles 931 et suiv. du Code civil).

Cette ordonnance, en outre, posa les règles en matière de rédaction des actes, à leur communication, à la délivrance des grosses par les notaires (art. 174 à 180 [origine des articles 20 et suiv. de la loi du 25 ventôse an XI]).

Elle eut la triste initiative d'introduire en matière criminelle l'instruction secrète, à la place de l'instruction publique, suivie jusque-là, et aussi la non publicité des débats : dispositions malheureuses, maintenues par l'ordonnance de 1670, et qui ont pesé sur notre droit criminel jusqu'à nos jours.

Sous François II, l'édit de 1560 introduisit en France les peines prononcées par le Droit romain, en cas de secondes noces. Ces peines consistaient à priver la femme veuve avec enfants de la propriété de tous les avantages nuptiaux qu'elle tenait du premier mari, de réserver ces avantages aux enfants du premier mari et de limiter à une part d'enfants le moins prenant la portion de ses propres biens dont elle pourrait disposer en faveur de son second mari ou de ses enfants : ces dispositions furent appliquées par

branches de la législation; le but à atteindre était l'uniformité de la législation pour tout le royaume; dans l'unité on trouverait la vigueur et l'énergie dont on avait besoin pour gouverner et administrer un si grand Etat; si on avait pu remplir un si vaste programme, la France eût été dotée d'une législation uniforme. Le préambule de l'ordonnance de 1667 dit à ce propos : « Pour consommer un ouvrage si utile et si nécessaire, « nous avons estimé qu'il était de notre justice de nous faire rapporter

---

l'édit au mari comme à la femme; elles passèrent dans la Coutume de Paris, où elles furent aggravées, et doivent être rapprochées de l'article 1098 du Code civil.

Parmi des ordonnances très importantes, mentionnons l'ordonnance de 1563, qui créa la juridiction consulaire dans l'intérêt du commerce, dont les développements réclamaient et des juges spéciaux et des lois particulières.

Enfin l'ordonnance de Moulins de 1566, qui intéresse le droit public et le droit privé : en droit public elle renouvela et remit en vigueur les anciennes règles relativement à l'inaliénabilité du domaine public; assura l'autorité des ordonnances; restreignit les pouvoirs des gouverneurs de province; renferma dans d'étroites limites le droit de remontrance des Parlements; limita la compétence des juridictions des villes en droit civil; restreignit la preuve testimoniale aux contrats n'excédant pas 100 livres (les contrats dont la valeur excédait cette somme devant être rédigés par actes notariés ou par écritures privées); — cette disposition a été maintenue par l'ordonnance de 1667 et est l'origine directe de l'article 1341 du Code civil; — elle renverse l'ancienne formule témoins passant lettres; proclame la supériorité de la preuve écrite sur la preuve testimoniale, décriée par les abus qu'on en avait faits et condamnée par les jurisconsultes : *Qui mieux abreuve, mieux preuve*, avait dit Loisel.

Sous Henri III, l'ordonnance de Blois de 1579, rendue, sur les doléances et plaintes des Etats, à la suite des Etats généraux de 1576 : elle comprend 363 articles, et, à côté des dispositions qui intéressent le droit public de la France, elle contient quelques dispositions du droit civil; elle prescrivit la publicité des mariages et déclara valables ceux-là seulement qui auraient été précédés de la publication de bans et célébrés par le propre curé, en présence de quatre témoins; elle prescrivit la tenue des registres du mariage, faisant pour ces actes ce que l'ordonnance de 1539 avait fait pour les naissances et décès.

Sous le règne de Henri IV nous mentionnons, relativement au droit civil, les édits de 1606 et de 1609 : le premier relatif à l'abrogation du sénatus-consulte Velléien; et le second, ayant réduit les rentes du denier douze au denier seize, autorisa les débirentiers à emprunter de l'argent pour rembourser les crédirentiers et à subroger les prêteurs de deniers aux droits et actions du créancier : disposition remarquable, qui est l'origine de l'article 1250 § 2 du Code civil.

Sous Louis XIII l'ordonnance de 1629, ou *Code Michaud*, du nom de son auteur, le chancelier Michel de Marillac : c'est une compilation formée de règles anciennes empruntées aux ordonnances précédentes, ou nouvellement formulées, et se référant au droit public et privé. Elle est composée de 461 articles. Nous y relevons l'article 121 déclarant « que les jugements rendus, contrats ou obligations reçus des royaumes ou souverainetés « étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque, ni exécution « en notre dit royaume, ains tiendront lieu les contrats de simples promesses et « nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de « nouveau débattre leurs droits par devant nos officiers », disposition qui forme l'origine des articles 2123 dernier alinéa et 2128 du Code civil.

« toutes les ordonnances, tant anciennes que nouvelles, concernant la « matière, afin que les ayant conférées avec les avis qui nous ont été « envoyés des provinces, nous puissions sur le tout former un corps de « lois claires, précises et certaines, qui dissipent toute obscurité des « précédentes ».

Sous Louis XIV, les ordonnances les plus remarquables sont : l'ordonnance de 1667, complétée en 1669, sur la procédure civile; l'ordonnance criminelle de 1670; l'ordonnance du commerce de 1673, préparée par Savary; l'ordonnance de la marine de 1681; les ordonnances de 1669 sur les eaux et forêts; le Code noir de 1685, et enfin les ordonnances sur l'administration des villes de 1667, 1672 et 1681. Bien qu'un auteur ait pu écrire que ces ordonnances ne firent que résumer les lois et la jurisprudence, les altérant bien plus que les améliorant (1), il faut reconnaître que ces ordonnances non seulement réalisèrent un grand progrès pour leur époque, mais encore facilitèrent singulièrement la tâche des rédacteurs de nos codes : « C'est que ces ordonnances... n'étaient pas des œuvres de « circonstances, éphémères, mais des œuvres durables, qui, corrigées, « complétées selon les besoins que le développement social, juridique et « économique devait révéler, pouvaient être appropriées à un état de « choses nouveau » (2).

Sous Louis XV, la réalisation partielle de l'unité et de l'uniformité du Droit, pour tout le royaume, fut réalisée, pour quelques matières importantes, sur lesquelles l'opposition entre les pays de droit écrit et de coutume était peu marquée.

Ce que le premier président de Lamoignon avait fait sous Louis XIV fut réalisé sous Louis XV par un chancelier célèbre; son nom est un de ceux qui sont restés les plus considérés en France, tant par sa science que par la fermeté de son caractère. D'Aguesseau (Henri-François) naquit en 1668, mourut en 1751; chancelier de France dès 1717, ce ne fut qu'à partir de 1728 qu'il s'occupa de la réforme de la législation.

Son but est bien indiqué dans l'ordonnance de 1731 sur les donations, dans le préambule de laquelle il fait dire au roi : « Notre amour pour la « justice, dont nous regardons l'administration comme le premier devoir « de la royauté, et le désir que nous avons de la faire respecter également « dans tous nos États, ne nous permettent pas de tolérer plus longtemps « une diversité de jurisprudence qui produit de si grands inconvénients. « Nous aurions pu la faire cesser avec plus d'éclat et de satisfaction pour « nous, si nous avions différé de faire publier le corps des lois qui seront

---

(1) Poncelet, *Précis de l'Histoire du Droit français*, cité par Boileux, *Commentaire du Code civil*, I, p. cxxx.

(2) Ginoulhiac, *Cours élémentaire d'Hist. génér. du Droit français* (Paris, 1884).

« faites dans cette vue, jusqu'à ce que toutes les parties d'un projet si « important eussent été également achevées ; mais l'utilité qu'on doit « attendre de la perfection de cet ouvrage ne pouvant être aussi prompte « que nous le désirerions, notre affection pour nos peuples, dont nous « préférons toujours l'intérêt à toute autre considération, nous a déterminé « à leur procurer l'avantage présent, de profiter, au moins en partie, d'un « travail dont nous nous hâterons de leur faire bientôt recueillir tout le « fruit. Et nous leur en donnons comme les prémices par la décision des « questions qui regardent la nature, la forme et les charges ou les condi- « tions essentielles, matière qui, soit par sa simplicité, soit par le peu « d'opposition qui s'y trouve entre les principes du Droit romain et ceux « du Droit français, nous a paru la plus propre à fournir le premier « exemple de l'exécution du plan que nous nous sommes proposé ».

Ainsi furent rédigées successivement les grandes ordonnances :

En 1731, l'ordonnance sur les donations. Elle comprend 47 articles ; les règles qu'elle formule ne sont pas toutes nouvelles, mais elle coordonna, compléta, consacra les règles des anciennes ordonnances et des coutumes sur cette matière, en leur donnant une forme plus précise et en les exposant avec plus de méthode. Les dispositions de cette ordonnance ont passé, en grande partie, dans le Code civil (art. 931 et suiv. C. civ.).

En 1735 le législateur s'occupa des dispositions à cause de mort. Cette ordonnance établit bien l'uniformité de législation dans chacun des pays de droit écrit et de coutume ; mais elle ne les plaça pas, les uns et les autres, sous une législation uniforme : tant il était difficile de ne pas tenir compte de l'opposition de législation entre le midi et le nord de la France ! Cette ordonnance prépara le travail de fusion qu'a réalisé le Code civil et forme l'origine directe des articles 966 et suiv. du Code civil sur les testaments.

En 1747 parut l'ordonnance des substitutions fidéicommissaires. Le législateur eut le grand mérite, en revisant les dispositions des ordonnances antérieures sur la matière, d'uniformiser la législation sur ce point, en tenant compte de l'intérêt du disposant, du donataire grevé, des appelés et des tiers ; et il eut le mérite d'introduire « dans la nécessité « d'assurer et de favoriser le commerce... les formalités nécessaires pour « rendre les substitutions publiques ». Cette ordonnance réalisa dans la législation, en notre matière, d'excellentes innovations. Le Code civil, pour réglementer les substitutions permises, a fait plus d'un emprunt à ses dispositions (Comp. art. 1048 et suiv. C. civ.).

A côté de ces grandes ordonnances, nous mentionnerons encore, comme se rattachant au droit privé : 1° les déclarations de juillet 1730 et de septembre 1733, prescrivant pour les billets, promesses et quittances sous signature privée, dont le corps de l'écriture ne serait pas tout entier de la

main du signataire, l'approbation en toutes lettres de la somme ou quantité de denrées ou marchandises, à peine de nullité de ces actes, disposition qui a été l'origine de l'article 1326 du Code civil.

2° La déclaration de 1796, relative à la tenue des registres de naissances, mariages et sépultures : la nécessité du double et du dépôt de l'un des registres au greffe des juridictions royales du lieu (Origine des art. 34 et suiv. du Code civil).

3° L'édit de juin 1771 sur les hypothèques. Cet édit, à côté d'autres dispositions intéressantes, organise un nouveau mode de purger les hypothèques, au moyen de lettres dites de ratification (Origine de notre purge des hypothèques non inscrites du Code civil, art. 2194 et 2195 C. civ.).

4° Enfin le très important édit de 1749 sur les établissements et les acquisitions des gens de mainmorte. Cet édit, qui reproduit des dispositions antérieures et notamment celles de l'édit de 1666, défend le pouvoir public et le pays contre l'envahissement des gens de mainmorte. Dans ce but, il soumet la création de tous chapitres, collèges, séminaires, maisons ou communautés religieuses, congrégations, confréries, hôpitaux ou autres corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, à l'obtention d'une autorisation portée par lettres patentes, enregistrées en parlement, après information, le tout à peine de nullité de tels établissements et de tous actes faits en leur faveur; législation maintenue dans les temps modernes, et qu'avait, à cette époque, rendue nécessaire l'accumulation des biens dans ces établissements, « en sorte, dit le préambule de l'édit, qu'une très « grande partie des fonds de notre royaume se trouve actuellement « possédée par ceux dont les biens, ne pouvant être diminués par des « aliénations, s'augmentent, au contraire, continuellement par de nou- « velles acquisitions » (Comp. art. 910 C. civ. et la loi de 1901 sur les associations).

Avec le règne de Louis XVI commence la période moderne du Droit. Nous y voyons la royauté prenant l'initiative des réformes, cédant aux principes que les philosophes du XVIII[e] siècle avaient formulés, et, en présence de l'opposition des privilégiés et du Parlement à ses projets de réforme, ordonnant la réunion des Etats généraux. Le roi veut ainsi, à l'imitation de ses prédécesseurs, associer la nation aux réformes et porter remède aux maux de toute sorte qui déchiraient le royaume (1).

Les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas négliger pour leur Code

(1) Aux premières années du règne de Louis XVI appartiennent des ordonnances importantes, prises sur l'initiative des ministres Turgot et Necker, et qui marquent les idées nouvelles que la législation suivra bientôt.

La liberté du commerce des grains (septembre 1774), la liberté du commerce des vins



une source aussi riche que celle des ordonnances : « En examinant, « disent-ils, les dernières ordonnances royales, nous en avons conservé « tout ce qui tient à l'ordre essentiel des sociétés, au maintien de la « décence publique, à la sûreté des patrimoines, à la prospérité géné- « rale » (1). Mais si l'on compare les nombreux emprunts faits à cette source de notre Droit ancien par les rédacteurs du Code civil, on constate l'importance que les Ordonnances royales présentaient dans notre législation.

Enfin, faisons remarquer que, pendant la longue période de développement du Droit français, et à toutes les époques, deux sources importantes nous font connaître le Droit : d'un côté les documents de jurisprudence, de l'autre les ouvrages de la doctrine. Dans ces ouvrages l'on trouve parfaitement indiqué le Droit suivi aux diverses époques, tel que le fixaient les décisions souveraines des Parlements dans leurs arrêts de règlement, et la doctrine dans ses travaux de vulgarisation. C'est à ces diverses sources que les rédacteurs du Code civil ont puisé les matériaux avec lesquels ils ont construit l'édifice nouveau de notre droit civil. Empruntons à M. Valette deux constatations, qui, formulées par lui, dont tout le monde connaît et l'exactitude et la conscience, deviennent pour tous la vérité absolue : « Quant au livre III, consacré aux *obligations* et principa- « lement aux *contrats* ou *conventions*, nous n'avons presque rien trouvé, « dans les quatre cents articles dont il se compose, qu'on ne puisse « extraire de nos anciens ouvrages de jurisprudence, notamment de ceux « de Pothier » (2). Et plus bas, jetant un coup d'œil d'ensemble sur le Code civil : « On ne s'étonnera donc pas si aujourd'hui sur tant de « matières différentes, notamment sur la propriété, les successions, les

(août 1777), la liberté du travail et de l'industrie (février 1776), montrent les progrès faits par les idées de liberté.

En août 1779, l'abolition des droits de la servitude personnelle et du droit de mainmorte dans les domaines du roi, marque un respect de la liberté individuelle auquel on n'était pas habitué.

L'abolition de la corvée pour la construction, réparations, entretien des routes, et son remplacement par une contribution, indique la volonté d'apporter un grand esprit de justice à la répartition des charges publiques.

La liberté de conscience et la liberté religieuse sont proclamées, l'Edit de Nantes est rétabli : les personnes qui professent une religion autre que la religion catholique obtiennent la jouissance des droits civils, le droit de se marier, de posséder des biens et de les transmettre, d'exercer leurs commerces, arts, métiers et professions, sans qu'aucun obstacle puisse être apporté à l'exercice de ces droits, sous prétexte de religion. Des officiers de justice sont chargés de dresser les actes de l'état civil les concernant (Edit de novembre 1787).

Pourquoi faut-il constater que tant de bonne volonté fut rendue impuissante par l'opposition des classes privilégiées et des Parlements ?

(1) *Discours préliminaire*, p. XXXII.

(2) *Mélanges*, t. I, p. 479.

« donations entre vifs, les testaments, les contrats et les obligations, « d'anciens ouvrages d'auteurs français, tels que ceux de Pothier, d'an- « ciens articles de coutumes et d'ordonnances, et enfin d'innombrables « textes de jurisconsultes romains, servent encore journellement, dans « nos écoles, à l'interprétation du droit civil » (1). Aussi, comme conclusion de ce trop long travail, serions-nous heureux de voir publier, surtout pour les besoins de l'enseignement, un Code civil historique, où sous chaque article on reproduirait, et rangés en ordre chronologique, les textes qui lui servent d'origine (lois romaines, articles de coutumes ou d'ordonnances, passages d'auteurs anciens) et les textes de lois qui ont complété, modifié ou abrogé l'article.

Un pareil travail placerait, sous les yeux de l'élève, le tableau de la législation française à ses diverses époques, et qui pourrait craindre qu'un tel travail pût nuire au bon renom de notre Code? Le temps est passé des critiques dictées par l'esprit de parti. Tout le monde proclame à l'envi le succès de l'entreprise : « Notre Code civil porte le titre de Code Napoléon; « la postérité reconnaissante lui a conservé ce titre, que les contemporains « lui donnèrent alors que l'empereur était au faîte de la Gloire. Nous « pouvons reconnaître aujourd'hui, sans flatterie, que c'est au premier « consul que nous devons le bienfait d'une législation qui, pour la clarté « et la précision de la forme, est un vrai chef-d'œuvre » (2).

« Il faudrait avoir l'esprit bien prévenu, soit pour contester au Code « Napoléon l'excellence de sa rédaction, soit pour lui dénier le mérite « d'avoir soigneusement observé la ligne de démarcation qui sépare une « œuvre législative d'un ouvrage scientifique sur la législation; et, malgré « quelques taches qui déparent l'ensemble d'ailleurs si remarquable de ce « Code, il restera toujours un sujet d'étonnement pour qui tiendra compte « du court espace de temps dans lequel il a été fait » (3).

A titre d'exemple nous donnons quelques articles pris au hasard :

Article 900. — « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les « conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs « seront réputées non écrites ».

Institutes de Justinien, liv. 2, tit. XIV, § 10 : « Impossibilis condicio in « institutionibus et legatis necnon in fideicommissis et libertatibus pro non « scripto habetur ». — Textes nombreux au Digeste.

(1) Valette, *Mélanges*, p. 488.
(2) F. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. I, Introduction, n° 1.
(3) MM. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, § 16 (4e édition).

Lex *Romana Wisigothorum* sur la loi 1. C. théod. VIII, 12 : « Interpretatio « tunc infirmatur donatio, quando conditiones, honestatis possibilis impletæ « non fuerint : nunc si inhonestæ et impossibiles conditiones ponantur, « remotis conditionibus, firma donatio est ».

Décret du 5 septembre 1791 et loi du 17 nivôse an II, art. 12 : « Est réputée « non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée dans les actes « passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire « aux lois ou aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du « donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a, « soit de se marier ou de se remarier même avec des personnes désignées, « soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tend à le « détourner de remplir les devoirs imposés ou d'exercer les fonctions déférées « par les lois aux citoyens ».

(Comp. art. 19, loi du 30 octobre 1886).

ARTICLE 917. — « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament « est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité « disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve auront « l'option ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon [de la « propriété] *a*) de la quotité disponible ».

LEBRUN, *Des successions*, liv. II, ch. III, sect. IV, n° 2 et suiv. : « C'est une « question très importante que de savoir si un père ne peut pas récompenser « son fils en usufruit, de ce qu'il lui ôte de la légitime en propriété, ou le « récompenser en propriété de ce qu'il lui ôte en usufruit.... que s'il veut sa « légitime en pleine propriété, il doit abandonner la disposition et renoncer à « cet excédant d'usufruit ou de propriété ».

(Comp. ROUSSILHE, *Institutions au droit de légitime*, ch. V, art. 3; POTHIER, *Introductions au titre 16 coutumes d'Orléans*, n° 55, et *Traité de donations testamentaires*, ch. IV, art. 11, § 5).

ARTICLE 1451. — « La communauté dissoute par la séparation, soit de « corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consen- « tement des deux parties; elle ne peut l'être que par un acte passé devant « notaire, et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la « forme de l'article 1445.

« En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du « mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point « eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, « dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de « l'article 1449... »

POTHIER, *Comm.*, n° 523 : «... 2° Quoique la séparation ait été exécutée, « quelque long que soit le temps pendant lequel elle l'a été, il est au pouvoir

a) Les mots entre crochets ont été ajoutés à la demande du Tribunat.

« des parties de détruire par un consentement mutuel cette séparation, en « remettant leurs biens ensemble ....»

N° 525 : «... Il est donc à propos d'exiger que le rétablissement de commu- « nauté soit prouvé par un acte authentique ».

(Comp. LEBRUN, *Traité de la comm.*, liv. III, ch. I, n° 25; G. THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE, 1re centurie, ch. XVIII (sur le tit. I, art. 48, Coutume du Berry).

N° 527 : « Le rétablissement de la communauté détruit tellement la sépa- « ration, qu'elle remet les choses au même état, comme s'il n'y en avait « jamais eu; de telle manière que la communauté est censée avoir toujours « duré et n'avoir point été discontinuée ....»

Comp. art. 199, Coutume d'Orléans : «... Et rentreront en ladite commu- « nauté les meubles et acquêts, immeubles, même ceux qui sont échus et « acquis pendant ladite séparation, comme si elle ne fut advenue ».

N° 528 : « Enfin, l'article ajoute : *Demeurant néanmoins bon et valable ce qui « a été contracté pendant la séparation.* Ces contrats, qui sont confirmés par « ces derniers termes de l'article, sont tous ceux que la femme a faits depuis « la sentence de séparation »...

ARTICLE 1451, dernier alinéa. — «... Toute convention par laquelle les « époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de « celles qui la réglaient antérieurement, est nulle ».

POTHIER, *Comm.*, n° 529 : «...LEBRUN, *dicto loco* [*Traité de la comm.*, liv. III, « ch. I.], n° 23, décide, avec raison, que ces conventions portées par l'acte de « rétablissement de communauté, sont nulles ...»

« Il ne peut pas y avoir deux communautés entre des conjoints par le mariage, « l'une qui ait duré jusqu'à la sentence de séparation, et l'autre qui ait com- « mencé lors du rétablissement; il n'y a entre les conjoints que la seule « communauté qui a commencé lors de leur mariage, et qui a duré jusqu'à « sa parfaite dissolution par la mort de l'une des parties »...

ARTICLE 1453. — « Après la dissolution de la communauté, la femme ou « ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer : « toute convention contraire est nulle ».

LOISEL, *Règles*, 112 (liv. X, tit. II) : « A laquelle communauté les veuves « nobles de ceux qui mouroient au voyage d'outre mer eurent privilège de « pouvoir renoncer, et depuis, en général, toutes les autres ».

113. « Ce qui a été depuis étendu jusqu'aux roturières, par l'autorité et « invention de maître Jean-Jacques de Mesme (lieutenant civil et maître des « requêtes, père de Henri de Mesme) ».

POTHIER, *de la Comm.*, n° 531 : « Après la dissolution de la communauté, il « est ordinairement au choix de la femme, ou de ses héritiers et autres « successeurs universels, d'accepter la communauté ou d'y renoncer ».

Comp. n° 535 : « Il n'y a que la femme ou ses héritiers qui aient le choix

« d'accepter la communauté, ou d'y renoncer; il est évident que le mari ne « peut avoir un pareil choix... on doit dire la même chose des héritiers du « mari ».

N° 550 : « Il n'y avait que les femmes nobles, qui eussent le droit de « renoncer à la communauté... »

N° 551 : « Toute convention enlevant à la femme la faculté de renoncer est « nulle, même faite par contrat de mariage ».

ARTICLE 115 (ancienne Coutume de Paris) : « Il est loisible à une noble « femme, extraite de noble lignée, et vivant noblement, de renoncer, si bon « lui semble, après le trépas de son mari, à la communauté...

« Depuis, la jurisprudence des arrêts a étendu ce droit de renoncer à la « communauté à toutes les femmes, nobles ou non nobles; elle l'a même « étendu à leurs héritiers par arrêt du 15 avril 1567... »

ARTICLE 237 (Nouvelle Coutume de Paris) : « Il est loisible à toute femme, « noble ou non noble, de renoncer, si bon lui semble, après le trépas de son « mari, à la communauté de biens d'entre elle et son dit mari, la chose étant « entière ».

(Comp. Coutume d'Orléans).

A. VIGIÉ.

A. BOISTEL
Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris

Le Code civil
et la Philosophie du Droit

LE CODE CIVIL ET LA PHILOSOPHIE DU DROIT

En présence des objections faites de divers côtés contre la célébration du Centenaire du Code civil, et du reproche qui lui a été adressé d'être une œuvre surannée et ennemie du progrès, les admirateurs de ce Code, qui, sans méconnaître quelques imperfections et quelques lacunes faciles à combler, reconnaissent en lui une excellente base pour la justice sociale et un merveilleux instrument d'évolution juridique, ont l'impérieux devoir de proclamer bien haut l'exactitude des idées qui l'ont inspiré et l'éternelle jeunesse des principes qu'il a consacrés. Puisque nous vivons dans un pays et à une époque où l'on tend, de plus en plus, à trancher les questions, même les plus hautes et les plus fondamentales, par la loi du nombre et de la majorité, il importe de grouper autour de cette charte du droit individuel, comme autour d'un drapeau, tous les esprits qui sentent, avec le regretté M. Ch. Beudant, le besoin de défendre *le Droit individuel* contre *l'Etat*; il importe d'affirmer le nombre immense des citoyens, qui, sans savoir toujours garantir leur esprit contre des utopies décevantes, entendent pratiquement, en ce qui les concerne du moins, résister à l'absorption, et qui ne sauraient avoir dans leur lutte de palladium plus précieux que le Code civil. Enfin les « *Interprètes du Code civil* » ont aussi à dire leur mot, et à défendre la noblesse, l'élévation, et en même temps l'utilité pratique de leur rôle, contre les sarcasmes et le travestissement dont ce rôle est l'objet de la part d'une école très bruyante, parlant au nom d'une science qui se croit infaillible et prétend être le seul instrument de progrès. Leur plaidoyer *pro domo sua* sera encore une apologie indirecte du Code civil.

La première et la plus importante manifestation du respect du Code civil pour le droit individuel est la reconnaissance de principes du Droit, antérieurs et supérieurs à la législation positive, et que l'Etat a pour mission, non pas de créer, mais seulement de sanctionner plus efficacement, en en précisant les applications. Cette doctrine capitale et absolument fondamentale, tant au point de vue scientifique qu'au point de vue pratique, était consacrée très expressément, par le projet définitif du Code civil dans son Livre préliminaire. C'était l'objet de l'art. 1er du Titre 1er de ce Livre. Cette disposition devait donc figurer absolument

en tête de toutes celles du Code. Il y était dit : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes ». On sait que tout ce Livre préliminaire n'a été supprimé (ou du moins considérablement réduit) que comme posant des règles trop théoriques; mais cette suppression n'a nullement eu pour cause l'abandon des principes qui y étaient formulés. Et Portalis, parlant dans son *Discours préliminaire* au nom de toute la Commission de rédaction, s'est chargé de reconnaître expressément l'autorité du droit naturel et de rappeler son rôle : après avoir énuméré toutes les ressources offertes au juge pour suppléer à l'insuffisance de la loi, dont il reconnaît très loyalement la possibilité et même la fréquence, il conclut en disant : « Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi et connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel » (1).

Mais le Code n'a pas eu besoin des formules théoriques, qu'il a volontairement écartées, pour affirmer son respect à l'égard du droit individuel, conçu comme ayant un fondement extérieur et supérieur à la loi positive. Les applications concrètes, auxquelles le législateur s'est volontairement réduit, suffisent amplement pour consacrer, mieux que des formules abstraites, la reconnaissance de ce droit. — Lorsqu'il définit la propriété, le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544) et qu'il reconnaît seulement à l'Etat le pouvoir d'en restreindre l'usage « par les lois et les règlements », lorsqu'il proclame ensuite le droit pour le propriétaire de n'être contraint de céder sa propriété, même pour cause d'utilité publique, que moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545), ne place-t-il pas le droit de l'individu en dehors des atteintes de l'Etat; ne réduit-il pas celui-ci à un rôle de réglementation et d'organisation pratique; avec la mission de réprimer les abus, les excès, de demander même, peut-être, des sacrifices dans l'exercice du droit, mais sans avoir le pouvoir de toucher à son essence, à ce que dans une école qui recherche une précision rigoureuse on appelle la *substance* des droits? — En matière d'obligations, le Code n'est pas moins formel pour consacrer l'autonomie de la personne individuelle. La souveraineté presque absolue, donnée par l'art. 1134 à la volonté des parties pour former ou relâcher le lien des obligations, le nom même de « loi » appliqué à la convention sortie de leur initiative ; la formule de l'art. 6 qui implique le pouvoir d'écarter par les conventions l'application des lois, pourvu qu'elles ne concernent pas l'ordre public et les bonnes mœurs, sont encore la consécration éclatante du droit primordial de l'individu, devant lequel le législateur s'incline toutes les fois

(1) FENET, t. I, p. 471.



qu'il n'y a pas un grand intérêt social à mettre en balance. Et les art. 1165 et 1351 consacrent bien encore une application inverse de la même idée, en protégeant absolument les tiers qui n'y ont pas été parties contre les conséquences des contrats ou des jugements. Il sera facile de montrer, dans la suite de cette étude, combien le Code est resté plus fidèle à ces principes que beaucoup de législations étrangères très prônées de nos jours. — Pour le moment, il suffira de faire ressortir encore combien la libre initiative des particuliers est consacrée largement en matière de conventions matrimoniales (art. 1387), et en ce qui concerne la translation de la propriété (art. 1138), soit par vente (art. 1583), soit par donation (art. 938); et avec quel soin l'autorité propre des pères et mères de famille sur leurs enfants est reconnue et armée de sanctions légales par les art. 371-373 et par les articles suivants, notamment l'art. 376.

Mais, c'est précisément cette affirmation de l'existence d'un droit naturel antérieur et supérieur aux législations positives, qui constitue pour certains esprits l'un des griefs les plus forts contre le Code civil, l'un des signes les plus manifestes de la vieillesse, sinon de la décrépitude. Il est de mise aujourd'hui de proclamer hautement, et non sans quelque audace, que personne ne défend plus la doctrine du Droit naturel, que c'est une vieillerie portant le cachet indiscutable du XVIIIe siècle, et qu'il convient de laisser aux collectionneurs pris d'une belle passion pour les reliques de cette époque. Puisqu'il faut de nos jours, comme cela a été déjà observé, défendre les doctrines, moins par des raisons bien déduites, qu'en dénombrant des suffrages, il importe de relever cette inexactitude de fait et de faire valoir les témoignages innombrables qui s'élèvent en faveur de cette croyance. Sans doute, l'école historique et panthéiste, qui fait bon marché des principes *a priori*, et qui ne voit partout que l'évolution, le passage de la pensée humaine d'une idée à une autre, un *éternel devenir*, est celle qui a suscité la plus grande abondance d'écrits et les écrits les plus retentissants. Sans doute aussi, les données de la philosophie générale la plus répandue et la plus en vue, supportent mal l'édifice d'un système de principes absolus et supérieurs s'imposant à la raison humaine. Mais cette insuffisance doctrinale ne prouve rien contre la croyance universelle de l'humanité, qui est *un fait*, un fait indiscutable et dont on ne doit pas esquiver l'explication; elle ne prouve qu'une chose, c'est que la doctrine philosophique commune est mal outillée et ne suffit pas à sa tâche essentielle de rendre compte des faits. Le nombre relativement moins grand, et le ton beaucoup moins retentissant des écrits qui défendent la thèse traditionnelle s'explique, parce que le besoin se fait moins sentir, pour ceux qui n'ont pas quelques points de vue nouveaux à proposer, de répéter des arguments si souvent donnés, et parce que la tâche paraît plus ingrate. Mais cela ne prouve rien contre la diffusion et

la fermeté des convictions sur ce point. Tout observateur impartial reconnaîtra que la croyance en un idéal de justice, supérieur à la raison humaine, aux caprices de l'opinion et aux institutions sociales, respire par tous les pores des écrivains qui, depuis un siècle, ont travaillé sur le droit, spécialement sur le droit civil. Ceux mêmes qui ont affecté de rester le plus terre à terre, et de commenter seulement les textes du Code : ceux qui, avec Bugnet, ne connaissaient pas le droit civil et n'enseignaient que le Code Napoléon ; ceux qui veulent, comme Laurent, ramener toujours et rigoureusement les jurisconsultes à ne pas sortir du texte de la loi, font à chaque page appel à l'équité, aux desiderata que la justice impose, à des droits primordiaux qui seraient méconnus par la solution qu'ils combattent. Tout cela, c'est un appel au Droit naturel, c'est de la philosophie du Droit. Beaucoup tiennent absolument à faire de la prose sans le savoir; de cette façon, ils n'en font peut-être pas de très bonne, ni de très solide. On peut, par discrétion, respecter leur timidité. Mais on a droit de les compter, en réalité, parmi les croyants de la foi qu'ils répudient en apparence. Ne voyons-nous pas les mêmes convictions apparaître avec éclat dans les appels au droit et au devoir, dans les hommages rendus à la vertu, dans l'indignation contre le vice, contre la bassesse des sentiments, qui émaillent à chaque ligne les jugements de nos magistrats (alors même qu'ils n'appartiennent pas au siège de Château-Thierry), les réquisitoires de notre ministère public, les plaidoiries de nos avocats, et jusqu'aux articles de nos journalistes. Tous (mettons la plupart, pour ne pas être trop généreux) ont la prétention de ne pas se borner à aligner des phrases creuses et sonores, mais de viser des principes supérieurs à l'esprit humain, s'imposant à toute intelligence droite et honnête, dominant le législateur lui-même et l'opinion plus ou moins flottante d'une certaine époque ou d'un certain milieu. Tous sont des croyants du Droit naturel, et il faut être bien sourd pour ne pas entendre les millions de voix qui s'élèvent en son honneur à chaque pulsation de la vie de l'humanité et à chaque minute de sa durée.

Je considère, en second lieu, comme un hommage précieux et éclatant rendu au droit individuel, en tant qu'antérieur et supérieur à la législation positive, l'attitude prise par le législateur du Code civil à l'égard de ses interprètes futurs, attitude bien souvent méconnue et travestie. Ici un double point de vue est à considérer pour tenir compte de la diversité multiple des fronts d'attaque dirigés contre le Code. Le législateur avait à porter ses préoccupations sur deux points à la fois : d'une part, sur l'application par l'interprète des règles données par lui pour les cas qu'il avait embrassés ou dû embrasser, au moins, en général, dans ses prévisions, parce qu'ils se référaient à des matières bien connues de son

temps; et, d'autre part, sur les solutions à donner pour des relations tout à fait nouvelles que l'évolution des rapports sociaux et les nécessités de la pratique pouvaient faire naître dans l'avenir. Portalis, dans un passage très remarquable de son *Discours préliminaire*, a tenu compte de ces deux points de vue, mais il les a embrassés ensemble dans ses prévisions; il ne pourra donc être cité qu'à la fin de cette étude spéciale. Pour le moment, il importe de relever les reproches qui ont été adressés au Code, et pour cela de distinguer ces deux points de vue.

On a dit et répété à satiété, dans l'école qui a été signalée plus haut, que le rôle auquel se réduisaient les « *interprètes du Code* » était uniquement une « *recherche de volonté* », volonté que le législateur a eue dans les cas qu'il a prévus, volonté qu'il aurait eue dans les cas qui ont échappé à ses prévisions. Rien n'est plus faux que cette formule. Elle méconnaît absolument et le rôle théorique de tout législateur dans un Etat libéral quelconque et celui que les rédacteurs du Code civil se sont eux-mêmes attribué. Le législateur n'est pas nécessairement, ni même normalement, un despote commandant à des esclaves, ni même un monarque absolu commandant à des sujets qui n'auraient d'autre rôle à jouer que de comprendre le sens de ses ordres et de s'y conformer. C'est une intelligence parlant à des intelligences et disant quelles sont les *notions* de justice et d'utilité commune, qui, tout bien pesé dans ses conseils, ont paru devoir servir de règle dans la nation pour la conduire dans les voies qui semblent les plus opportunes. Pour peu qu'on veuille bien y réfléchir quelques instants et qu'on cherche à voir clair dans les données de l'histoire, on se convaincra qu'en mettant peut-être à part les empires orientaux, les souverains, même les plus absolus, ont eu, dans l'ensemble des lois édictées par eux, le souci incessant d'avoir raison ou de se donner raison devant la nation à qui ils les imposaient, et de parler à son esprit avant de commander à ses actes; que cette pensée apparaît éclatante chez les législateurs de la Grèce, chez les jurisconsultes et même chez les empereurs romains, dans la longue suite des ordonnances de nos rois et dans leurs préambules rédigés par nos grands chanceliers de ces derniers siècles; qu'elle dominait même Napoléon, malgré son tempérament d'autocrate, et qu'il l'a montrée à chaque pas de la discussion du Code au Conseil d'Etat. Elle est très expressément et très abondamment formulée dans le passage qui va être cité dans un instant, du *Discours préliminaire* de Portalis. Sans doute, en faveur de l'opinion adverse, on s'est emparé d'un passage d'un autre discours de Portalis, discours sur le titre préliminaire du Code civil (1), où il a dit : « Les lois sont des volontés ». Mais, en employant cette expression, il voulait seulement expliquer

1. FENET, t. VI, p. 43.



qu'elles n'ont pas à donner des définitions théoriques, comme on avait essayé de le faire dans le Livre préliminaire du Code civil; et qu'elles doivent finalement ***se traduire par des ordres***. Mais ces ordres sont ceux d'un être intelligent s'adressant à des êtres intelligents; d'un supérieur qui veut être approuvé par la raison avant d'être obéi, et qui sollicite l'adhésion de la conscience avant le respect matériel des règles posées par lui.

C'est pour cela qu'il est légitime (je dirai plus, obligatoire, en vertu de l'art. 5 C. civ.), de chercher avant tout la pensée du législateur, et surtout sa pensée d'ensemble, pour harmoniser toutes ses décisions et surtout pour déterminer les solutions à appliquer aux cas qu'il n'a pas prévus. Car notre législateur, comme tous les législateurs honnêtes et sincères, a certainement eu la prétention de faire une œuvre harmonique et cohérente dans toutes ses parties, et non pas de présenter un ramassis confus d'injonctions capricieuses et arbitraires. Il aurait repoussé avec indignation, comme une injure, l'imputation qu'on lui aurait faite d'une pensée contraire. Ainsi se trouve autorisée, mais, aussi, sagement limitée, cette « libre recherche » que l'on a réclamée pour les jurisconsultes. Je ne voudrais pas dire qu'il faille consacrer par ces motifs le procédé des « constructions juridiques », comme on les appelle de nos jours. Le mot implique une opération trop subjective du cerveau de l'auteur, une création un peu artificielle résultant de certaines combinaisons abstraites d'idées, plus ou moins arbitrairement choisies; tandis que le travail intellectuel de l'interprète doit être essentiellement réaliste et objectif, doit s'appuyer, d'une part, sur des données intellectuelles que le cerveau ne produit pas, mais qu'il trouve dans le fonds universel de la raison humaine, d'autre part, sur une analyse précise et sérieuse des faits sociaux qu'il s'agit de régir, sur des rapports très réels, quoique souvent d'ordre purement immatériel, existant dans le milieu qu'il s'agit de régir, et non pas sur des faits possibles ou imaginaires ou appartenant à d'autres milieux, que l'imagination de l'auteur ne lui suggère que trop facilement; nous en avons maints exemples.

C'est cette liberté d'investigation scientifique, à la fois autonome et pondérée par le respect de l'intention, honnêtement cherchée, du législateur, que réclament les penseurs qui ont pris la tâche d'étudier à fond le *Droit civil* en tant qu'il est applicable à notre pays. C'est elle, en réalité, qu'ont pratiquée tous les grands auteurs et les illustres maîtres qui ont commenté le Code civil, et que leurs élèves peu reconnaissants ont appelés trop dédaigneusement « les interprètes du Code civil ». Comme il arrive bien souvent, des écrivains qui se croient beaucoup plus malins que les autres, ne savent pas voir le fond des choses et se laissent tromper par les apparences. Il est vrai que ces auteurs et ces maîtres tant critiqués ont, à chaque page, le

souci scrupuleux de se rapprocher des textes, d'en étudier tous les mots, d'en dégager le sens grammatical, de montrer l'accord entre ces textes et les opinions, qui, après une étude approfondie et sincère des faits et des besoins sociaux, ont apparu à leur raison comme équitables et utiles. Mais c'est qu'ils ont, d'une part, le respect du législateur et de l'organisation des pouvoirs publics, respect essentiel au bon fonctionnement de la société civile et devoir moral absolu pour tous les bons citoyens ; c'est, d'autre part, qu'ils se préoccupent très légitimement de voir admettre leurs solutions dans la pratique et qu'il leur faut bien offrir aux organes officiels de la justice et à leurs auxiliaires si utiles, ministère public, avocats, avoués, notaires, des raisons précises et décisives pour appuyer en droit positif leurs solutions, leurs conclusions ou leur pratique instrumentaire. Dans ces conditions, ils peuvent accepter et porter fièrement le titre d' « interprètes du Code civil », puisque être esclave du devoir est la vraie liberté.

En ce qui concerne la recherche des règles juridiques applicables aux matières restées, pour le tout ou pour partie, en dehors des prévisions du Code, notamment aux institutions dont la naissance ou le développement sont postérieurs à sa promulgation, les principes qui viennent d'être dégagés fournissent tout naturellement la solution. Le législateur, s'adressant avant tout à l'intelligence de la nation et des jurisconsultes, a entendu faire une œuvre logique, cohérente, satisfaisant l'esprit et la raison supérieure qui éclaire l'homme dans toutes ses recherches, une œuvre harmonique, dont toutes les parties fussent liées par une pensée commune. Il suffit donc à l'interprète de bien dégager les principes, très généraux ou plus spéciaux, qui ont inspiré notre législation sur les matières prévues par elle, pour les appliquer aux faits nouveaux et aux besoins actuels révélés par la pratique. Le Code civil a d'ailleurs eu la sage précaution de poser, dans les art. 544 et 1134, des règles assez larges pour ouvrir la porte à la plus libre interprétation et pour lui donner vis-à-vis des pouvoirs publics la base la plus solide. A-t-on assez dit et redit sur tous les tons, avant et depuis la célèbre querelle entre Thibaut et Savigny, que la rédaction d'un Code avait le tort grave de rendre le droit immuable, de le figer dans un certain état de la civilisation, qui, elle, de son côté, marche toujours et en dépit de toutes les entraves; de laisser sans guide et sans soutien l'évolution des institutions sociales? A-t-on assez reproché aux auteurs du Code leur imprévoyance, leur esprit arriéré ou rétrograde? Eh bien! qu'on écoute l'organe officiel de leur pensée d'ensemble, révélant le fond de leurs convictions intimes, de leurs intentions comme organes du pouvoir législatif et de leurs prévisions d'avenir, non seulement sur la question que nous examinons en ce moment, mais encore, ainsi que je l'ai déjà annoncé, sur la

question antérieurement traitée. C'est fort joli de jeter les yeux au delà de nos frontières, de connaître toutes les finesses de la pensée allemande; mais encore faut-il savoir se garder d'un presbytisme par trop aigu, ne permettant de voir que ce qui se passe à 800 kilomètres, et rendant aveugle pour ce qui arrive sur le sol que nous foulons (fût-il même creusé d'un puits, comme dans le cas de l'astrologue). Voici le passage de Portalis (1); il est un peu long, mais on comprendra, en le lisant, la nécessité de le citer en entier :

« Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un Code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

« Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer *l'usage de la raison naturelle* dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multiples, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

« Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux ou trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

« D'ailleurs *comment enchaîner l'action du temps?* Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? *La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?*

« Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant *quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.*

« Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, *d'établir des principes féconds en conséquences*, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

---

(1) *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement:* Fenet, t. Ier, p. 469-471.



« C'est au magistrat et au jurisconsulte, *pénétrés de l'esprit général des lois*, à en diriger l'application.

« De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai *supplément de la législation*.

« .... Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. On n'hésitera point à le croire, si l'on réfléchit sur les fils innombrables qui lient les citoyens, *sur le développement et la progression successive* des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper, *sur le cours des événements et des circonstances* qui *modifient de tant de manières les relations sociales*, enfin sur l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers. Tel blâme la subtilité des commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux.

« Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par les lois.

« Mais à défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, *quand il s'agit d'un fait absolument nouveau*, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ».

Où pourrait-on trouver un hommage plus pénétrant et plus solennel adressé à l'*évolution sociale*, qu'on a inventée depuis? Portalis se défend d'être prophète; mais n'a-t-il point tracé de main de maître le programme suivi de point en point pour l'élaboration de la théorie du compte courant, des assurances sur la vie, de l'inaliénabilité de la dot mobilière (à supposer qu'elle réponde réellement à un besoin social), et de tant d'autres matières ignorées en 1804? Et ne voyons-nous pas aussi réalisé par la sagesse de la Cour suprême cet autre vœu inspiré par la même largeur de vues et exprimé à la page suivante (p. 472) « qu'il n'y ait d'autre variation dans les jugements publics, que celles qui sont amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances ».

Je voudrais maintenant placer le Code civil en présence de ce « progrès des lumières » et du développement des besoins modernes; et, sans contester le moins du monde qu'il y ait des matières demandant impé-

rieusement une réglementation légale nouvelle, rechercher si le Code peut être accusé d'être aussi arriéré que plusieurs voudraient le faire croire, si certains progrès réclamés seraient bien réellement des progrès, et si certains autres ne peuvent pas trouver dans le Code lui-même, sinon une organisation complète, du moins une base parfaitement suffisante. Je ne pourrai toucher qu'à un petit nombre de points, en choisissant ceux qui tiennent le plus au fond des doctrines essentielles, à la philosophie du droit, et en m'excusant de ne pouvoir présenter que des développements très succincts, à raison du peu de place qui a pu être imparti à chacun dans ce livre. C'est en Allemagne surtout que ces questions ont été agitées avant et depuis la rédaction du Code civil allemand ; ce sont les solutions de ce Code qu'il sera surtout intéressant de discuter.

Il est une première théorie sur laquelle on a beaucoup écrit, et que le Code civil allemand a consacrée au moins dans deux de ses applications. C'est celle qui admet la possibilité d'une dette sans créancier actuel. Et les deux applications visées sont : — d'une part, la promesse de récompense qui, d'après l'art. 657 C. civ. all., oblige celui qui l'a faite, alors même que celui qui a accompli l'acte, objet de la récompense, n'aurait pas agi en vue de la récompense ; — d'autre part, la souscription d'un titre au porteur, qui oblige le signataire envers le porteur quelconque, alors même qu'il n'a pas mis le titre en circulation, mais que ce titre lui a été volé ou a été perdu. Ces solutions, dont l'utilité pratique elle-même est très contestable, et dont la seconde se rattache sans doute au formalisme que la législation allemande a restauré, comme on le verra plus loin, méconnaissent absolument l'idée essentielle et fondamentale qu'il ne peut y avoir de droit qu'au profit des personnes humaines, isolées ou groupées en une collectivité ; parce que l'essence du droit est le respect pour l'inviolabilité d'une personne, la règle qu'on ne doit pas faire de mal à autrui ; parce que le droit n'existe qu'autant qu'il peut être invoqué par quelqu'un, se plaignant d'une injustice qu'il a subie ; parce que, en conséquence, on ne peut parler d'un droit tant que l'avantage promis ne s'est pas fixé sur la tête d'une personne déterminée ou d'une collectivité de personnes. Le Code français a donc eu raison et a raison encore d'ignorer cette prétendue théorie ; et, en l'ignorant, il rend un nouvel et plus éclatant hommage au droit individuel, puisqu'il manifeste que, non seulement le droit individuel est absolument respectable, mais de plus que *lui seul* est respectable, et qu'on ne peut trouver de droit là où il n'y a pas un sujet humain susceptible de l'invoquer et de se plaindre de sa violation. — Sans doute, il est équitable que celui qui a promis une récompense ou un prix pour un certain acte soit obligé de tenir sa promesse envers celui qui s'est conformé au programme ; sans doute aussi, il est juste que celui qui a signé par avance un titre au

porteur réponde de la faute qu'il peut avoir commise en le laissant à la portée des mains qui l'ont mis sans sa volonté en circulation. Mais dans le second cas, c'est une question de faute, et l'art. 1382 C. civ. fr. suffit complètement pour l'obliger envers le porteur de bonne foi à des dommages-intérêts pouvant aller jusqu'à la valeur nominale du titre et même au delà. Et, dans le premier cas, les sources d'obligations consacrées par notre Code suffisent amplement pour imposer le paiement de la récompense. L'art. 1371 C. civ. donne du quasi-contrat une définition assez large pour comprendre ce cas ; c'est bien « un fait purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ». Et l'on retrouve bien, dans notre cas, le principe rationnel dont j'ai montré ailleurs l'existence dans tous les quasi-contrats : une personne n'a pas encore lésé volontairement les droits d'autrui, n'a encore commis aucune faute (il n'y a pas délit, ni quasi-délit) ; mais les faits se trouvent être tels que, si elle ne fait pas un certain acte, si elle ne fournit pas une certaine prestation, le droit d'autrui va se trouver lésé, et lésé dorénavant par sa volonté, par son abstention volontaire, par sa faute. Ainsi lorsque mon terrain a glissé sur le vôtre, je léserais votre droit si je ne venais pas l'enlever rapidement, à moins que je ne vous l'abandonne, et vous léseriez mon droit si vous ne me permettiez pas de venir le rechercher ; ainsi, lorsque j'ai commencé à gérer votre affaire, je vous causerais un tort positif en interrompant inopportunément ma gestion. De même, si j'ai promis une récompense à celui qui retrouvera un objet perdu, ou à celui qui fera un mémoire sur un sujet scientifique déterminé, je causerais un dommage indu à celui qui aurait rempli ces conditions, si je ne lui payais pas la récompense promise ; et cela, alors même que celle-ci dépasserait de beaucoup la peine qu'il s'est donnée ; car dès qu'il a eu connaissance de ma promesse, il a compté légitimement sur le chiffre indiqué par moi.

Pour compléter et éclairer ces idées, il sera utile de dire deux mots des fondations. Lorsque je manifeste ma volonté de constituer de toutes pièces une fondation, comme un hôpital, un musée, une bibliothèque, et de faire créer pour cela (avec les formalités voulues) une personne morale nouvelle (cf. C. civ. all., art. 80 et suiv.), est-ce que je ne constitue pas un droit sans titulaire, une dette (s'il s'agit d'une somme d'argent) sans créancier? Ce serait une erreur de le croire ; car il y a une collectivité de *personnes réelles* que j'ai entendu gratifier : les malades qui seront soignés dans cet hôpital, les visiteurs qui viendront étudier ou faire leur éducation historique ou artistique, ou simplement se procurer des jouissances esthétiques dans le musée ou dans la bibliothèque. C'est à eux que s'adresse réellement ma libéralité, c'est envers eux qu'existe chez moi l'*animus donandi*. Ces personnes, pour être indéterminées, n'en sont pas moins des personnes très réelles. Sans doute, leur indétermination peut

créer des difficultés au point de vue des règles souvent étroites des législations positives en matière de donation ; sans doute, la création d'une personnalité morale peut être difficile, et en tout cas cette personnalité n'apparaîtra que plus tard. Mais, en raison, ce ne sont là que des difficultés secondaires ; il y a, dès le début, des titulaires réels de la libéralité ; et l'on pourra, sans obstacle rationnel, donner un effet rétroactif à la constitution de la personne morale (cf. C. civ. all., art. 84). Je ne méconnais pas que sur cette réglementation pratique une bonne loi est encore à faire chez nous.

Une autre question peut naître de cette doctrine qui n'admet pas la possibilité d'un droit sans titulaire actuel, parce que le droit ne repose que sur l'inviolabilité de la personne humaine et que le respect n'en est imposé qu'à raison de la douleur que causerait à son titulaire la privation d'un bien, d'une puissance d'action sur laquelle il a compté. Cette question est celle de savoir si quelqu'un peut devenir titulaire d'un droit, créancier ou propriétaire notamment, sans sa volonté, sans même connaître l'existence de ce droit à son profit ; si cette situation peut lui être conférée par la *volonté unilatérale* d'autrui ; j'ajouterai tout de suite : ou par le fait d'autrui, ou par des événements purement naturels ; car la question est la même pour tous ces cas.

Il semble, à première vue, que cela ne soit pas possible ; car celui qui ignore l'existence de ce droit à son profit, qui n'a fait aucun acte d'adhésion volontaire constituant une prise de possession au moins intellectuelle de ce droit, qui n'a pas l'*animus domini*, ne souffrira pas de sa privation si son acquisition est empêchée ; tout au plus, quand il l'apprendra, éprouvera-t-il un mouvement de dépit pareil à celui que provoque une bonne occasion manquée ; il n'y aura pas à son détriment lésion d'un droit véritable. — Et pourtant l'équité proteste contre cette solution. Supposons, pour prendre l'exemple le plus simple et le plus net, qu'une lettre me soit adressée, contenant l'offre d'une donation considérable, et que quelqu'un intercepte cette lettre et m'empêche ainsi d'en profiter ; tout le monde admettra que je pourrai me plaindre et le poursuivre comme en vertu d'un droit lésé. Comment justifier et accorder avec les principes, cette solution du bon sens et de l'équité ?

Il faut d'abord montrer combien est vaste le champ d'application de ce problème. Le Code civil allemand fournit une indication sur un cas important qui comprend l'hypothèse prise d'abord par nous comme exemple. C'est dans l'art. 145 : « Celui qui propose à une autre personne un contrat est tenu par son offre, à moins qu'il n'ait exclu ce lien ». Le texte ne distingue pas entre le moment où l'offre est parvenue à celui à qui elle est adressée et la période antérieure. Et si cette offre lui donne

un droit contre l'offrant, il ne paraît pas douteux qu'on ne doive admettre également un droit à l'encontre de tous les tiers qui pourraient en entraver l'acceptation. — La même doctrine résulte des décisions de ce Code en ce qui concerne la promesse de récompense, le titre au porteur, les fondations ; car, dans ces décisions, cette seconde question se trouve mêlée à la première et résolue en même temps.

Le Code civil français est-il resté étranger à cet ordre d'idées? Ce serait une erreur considérable de le croire ; et très nombreux sont les cas où l'acquisition d'un droit est attribuée par lui à une personne sans s'inquiéter de sa volonté ou même de sa simple connaissance de l'attribution à elle faite. Sans doute notre Code n'a pas traité d'une manière générale des effets de l'offre d'un contrat, parce qu'il n'a pas cru utile de pousser aussi loin l'analyse de l'accord de volonté, ce qui est une lacune regrettable. Sans doute, même, il semble, dans l'art. 1121, refuser tout effet juridique à l'offre non acceptée, du moins quand il s'agit de l'offre contenue implicitement dans la stipulation pour autrui. Mais dans combien d'autres cas n'admet-il pas des acquisitions de droit involontaires! La victime d'un délit ou d'un quasi-délit acquiert une créance en réparation du dommage (art. 1382 et suiv.), alors même qu'elle ignore le fait dont ses biens ont souffert. Toutes les fois que, par suite d'un phénomène naturel, par voie d'accession notamment, un individu est privé de sa propriété, il acquiert *etiam ignorans* droit à une indemnité à l'encontre de celui qui s'est enrichi à son détriment (ex. art. 555, 559, 566 et suiv.). On généralise cette règle à tous les cas d'enrichissement indu. Celui dont un autre a géré l'affaire à son insu a droit à ce que le gérant d'affaire continue sa gestion et l'étende même aux dépendances de la même affaire, tant que l'interruption est susceptible de lui nuire. Enfin et surtout (ce qui n'a pas été assez remarqué), le Code consacre très explicitement cette doctrine dans l'art. 1014 en ce qui concerne le légataire, auquel il attribue « un droit à la chose léguée du jour du décès du testateur » ; alors même qu'il ignore et ignorera peut-être encore longtemps la disposition libérale dont il a été l'objet. Pratiquement il fallait bien admettre cette solution pour le mettre à l'abri contre les dissimulations de l'héritier qui a bien des chances de connaître seul le testament. Il n'en est pas moins vrai que nous trouvons là un cas bien manifeste où une offre non acceptée constitue déjà un droit pour celui qui en a été l'objet. Dès lors, nous sommes autorisés à admettre une solution correspondante dans tous les cas où une offre aura été faite ; même dans le cas de l'art. 1121, qui réserve seulement pour l'offrant la faculté de révocation qui est de droit commun.

Mais comment expliquer rationnellement ces solutions, notamment celle qui concerne le légataire ? Il faut distinguer deux catégories de cas. — Il y a d'abord une catégorie très nombreuse où le nouveau droit acquis n'est

qu'une transformation d'un autre droit préexistant : le propriétaire dont la propriété a été détruite ou altérée par un fait délictueux ou quasi-délictueux acquiert une créance en indemnité ; mais cette créance ne fait que remplacer dans son patrimoine la propriété perdue ou la valeur dont son droit réel de propriété a été diminué ; de même pour celui dont la propriété a été attribuée à un autre par un fait d'accession ou par un enrichissement indu ; de même, le maître de l'affaire gérée dont la fortune serait diminuée si le gérant interrompait brusquement sa gestion. Dans tous ces cas, celui qui devient créancier avait dans son patrimoine le droit détruit ou menacé de destruction ; il avait compté sur ce droit comme faisant partie de sa fortune, de ses moyens d'action dans le monde, il souffrirait de sa perte sans compensation ; et plus précisément ce droit à la compensation est une fonction nouvelle du droit préexistant, destinée à maintenir à son profit les avantages essentiels de ce droit. L'explication est donc ici très simple et très facile.

Elle nous fournit les éléments de la solution du problème pour le cas beaucoup plus délicat d'une offre non encore acceptée, spécialement celui du légataire (art. 1014). Tout homme a la volonté, souvent implicite, mais très arrêtée et très certaine, non seulement de conserver tous ses moyens d'action, mais encore de les accroître en toute occasion dans la mesure extrême du possible ; cette volonté est ce que j'ai appelé ailleurs, avec Rosmini, sa *liberté juridique*, sa faculté d'acquisition. Sans doute, cette volonté générale d'acquérir, qui s'applique vaguement à tous les objets de la création, sans aucune limite, ne peut, par elle-même, fonder un droit exclusif à ces objets, et empêcher un autre individu d'acquérir l'un ou l'autre d'entre eux, en faisant sur lui un acte spécial d'occupation, par une volonté plus précise de l'employer comme moyen d'action, volonté accompagnée d'une mainmise effective sur cet objet, d'une puissance d'action exercée réellement sur lui, *corpus possessionis*. Il faut rejeter comme irrationnelle la doctrine socialiste et communiste d'après laquelle tous ont droit à tout, doctrine qui amène fatalement la proposition de Proudhon : la propriété, c'est le vol. Je l'ai démontré ailleurs. Mais si cette volonté vague est insuffisante, si cette volonté, sans aucune puissance effective, ne peut fonder une expectative, alors même qu'elle se spécialiserait sur un objet déterminé ; si le désir que j'avais de trouver un lièvre dans le champ que je bats ne peut vous empêcher de tuer celui que vous avez levé dans le champ d'à côté ; si l'ambition que j'aurais, assis au coin de mon feu, d'obtenir un domaine dans le *Far-West* américain, ne saurait empêcher ceux qui se trouvent sur les lieux d'occuper les terres à leur convenance ; si l'*empereur du Sahara* n'a, en droit, aucun titre à la domination qu'il s'attribue ; il en est autrement dans le cas où cette intention vague acquiert, même à mon insu, un objet précis, sur

lequel ma puissance d'action est, pour le moment du moins, devenue une réalité, qui est entré effectivement dans la sphère de mon activité. Car il faut bien le remarquer : cet objet que m'offre son propriétaire est défendu absolument contre toute acquisition autre que la mienne ; il est défendu par la volonté très certaine de son propriétaire de conserver son droit *erga omnes*, si je n'accepte pas son offre. Il veut bien abdiquer sa propriété à mon profit, mais il ne l'abdique au profit d'aucun autre, et par conséquent personne ne pourrait, se mettant à la traverse, s'emparer de l'objet. J'ai donc ici, en plus de ce qui existait dans l'hypothèse précédente, une expectative très réelle, très précise et très effective ; ce qu'il faudra appeler, en donnant à ce mot une signification bien définie, une *vocation* à cet objet. C'est le mot qu'on emploie très exactement, et en vertu d'un usage universel, pour désigner précisément la situation du légataire avant son acceptation, de même que celle de l'héritier, dans le même cas. Il convient seulement d'en généraliser l'emploi.

Cette vocation est un bien pour moi, c'est une extension indubitable de ma puissance d'action, extension qui ne dépend plus que de moi seul ; et par conséquent elle constitue un droit pour moi, en vertu simplement de ma volonté générale d'acquérir, à raison de la souffrance très réelle et très justifiée que j'éprouverais à être privé de cette ressource. — Il faut, de plus, remarquer que cette *vocation* est un pur bénéfice pour moi, sans inconvénient d'aucune sorte qui puisse en contrebalancer l'avantage. Car c'est simplement la *faculté d'accepter l'offre*. L'*acceptation* elle-même pourrait me grever, si le contrat offert est à titre onéreux, et, lors même qu'il serait à titre gratuit, comme pour le légataire, elle peut entraîner des charges, l'obligation aux dettes de l'offrant, tout au moins une dette morale de reconnaissance. Mais la simple *faculté d'accepter*, avec toute liberté d'option, ne saurait amoindrir la situation de celui à qui elle est attribuée. On peut donc absolument, et sans arrière-pensée, présumer chez lui la volonté d'acquérir le bénéfice de cette situation. Et cette volonté, établie sur l'analyse ci-dessus, est absolument respectable pour tout le monde : le droit à recevoir l'offre et à ne pas être entravé dans son acceptation est donc opposable à tous.

Dans l'art. 1014, la loi ne précise pas quelle est exactement la nature du droit du légataire avant son acceptation ; elle lui attribue « un droit à la chose léguée ». Nous dirons qu'il n'en est pas propriétaire, même sous la condition suspensive de son acceptation ; la loi lui refuse expressément un des attributs de la propriété, le droit aux fruits et ne le lui accorde même pas rétroactivement quand il a accepté. Mais il faut lui reconnaître une créance conditionnelle contre l'héritier, créance dont le libre usage entre ses mains doit être respecté par les tiers.

Il faudra admettre la même doctrine, pour tous les cas d'offre d'un

contrat (gratuit ou onéreux, peu importe), faite entre personnes vivantes. Celui à qui l'offre aura été faite aura, *erga omnes*, un droit à la liberté d'accepter, et pourrait prétendre à des dommages-intérêts, si cette liberté était entravée par une manœuvre quelconque. Mais ce droit, bien entendu, ne paralysera en rien la faculté, pour l'offrant, de révoquer son offre, s'il n'a pas promis de la maintenir un certain temps, ou si le délai imparti est expiré.

Nous interpréterons l'art. 1121 à la lumière de ces principes. La faculté de révocation, réservée par l'article au profit du stipulant jusqu'à l'acceptation du tiers, n'empêche pas celui-ci d'avoir, dès le jour de la stipulation, un droit, non pas à l'*objet* stipulé pour lui, mais à la *faculté d'accepter* l'offre implicite, droit à sa *vocation* à cet objet. Ce droit existe, *erga omnes*, comme on l'a vu; il existe donc aussi à l'égard du promettant, qui est tenu, en principe, comme tout le monde, à ne pas empêcher qu'il n'invoque cette vocation, c'est-à-dire à ne pas empêcher qu'il n'accepte, et qu'ensuite il ne réclame l'exécution du contrat, devenu parfait, à son profit. Mais cette obligation générale *négative*, qui lui est commune avec tout le monde, prend, quant à lui promettant, une forme spéciale, à raison de ce que le droit offert au tiers est précisément une créance contre ce promettant : ne pas empêcher que celui-ci n'exerce (après acceptation) cette créance, c'est en somme se tenir prêt à la payer. L'obligation négative se trouve donc, chez le promettant, transformée, dès le début, en une obligation *positive* : payer la chose promise au tiers, sous la condition de son acceptation. Ainsi se trouve expliquée et motivée la solution consacrée par la pratique et par la jurisprudence, mais dont les raisons n'ont jamais été déduites bien clairement, et d'après laquelle le tiers, au profit duquel la stipulation a été faite, a, dès le jour du contrat, un droit propre contre le promettant, droit qui est, dès ce jour, entré sous condition dans son patrimoine, et qui, dès lors, a échappé au droit de poursuite des créanciers du stipulant et de ses ayants cause à titre universel. Cette théorie s'applique spécialement aux assurances sur la vie. Et si, comme je l'ai montré ailleurs (D. P. 89, 2, 129 et 153), il y a, dans la stipulation pour autrui, deux créanciers alternatifs, de telle façon que les droits de l'un soutiennent dès le début les droits de l'autre, la nature et la consistance des droits de celui-ci se trouvent, par cette nouvelle théorie, mieux expliquées et mieux précisées.

Sur un autre point très important, très pratique, qui rayonne sur presque toutes les matières du Droit civil, le Code allemand s'est mis en opposition complète avec notre Code français. Il n'admet pas la transmission de la propriété par le seul effet des contrats : sans doute, une convention est toujours nécessaire pour établir l'intention des parties et

leur accord sur ce point (art. 873), il faut même que cette convention soit constatée dans l'une des formes solennelles réglées par l'art. 874 ; mais cette convention ne suffit pas pour que la propriété soit transférée, même *inter partes;* il faut de plus pour les immeubles une déclaration « au bureau foncier par les deux parties présentes en même temps » (art. 313, 925) ; et pour les meubles, il faut la tradition (art. 929).

La valeur juridique attachée à l'acte translatif de propriété des immeubles est tellement grande, qu'il ne peut être affecté ni de terme, ni de condition (art. 925, 2e al.) ; qu'il s'opère alors même que l'accord préalable exigé (art. 925, et renvoi à l'art. 873) est entaché de nullité ou dépourvu de cause, ou que la cause que les deux parties ont eue en vue n'est pas la même ; enfin, cet acte opère lors même qu'il n'émane pas du propriétaire véritable, pourvu qu'il soit réalisé par celui qui apparaît d'après le *Livre foncier* comme le propriétaire. Le Code allemand, jugé d'après nos idées françaises, recule ainsi comme formalisme jusqu'au Droit romain, et même peut-être plus loin que le Droit romain. Il ne semble pas bien nécessaire de laver notre législateur du reproche de ne pas être entré dans cette voie. Cependant, il ne sera peut-être pas inutile de montrer dans cette abstention et dans la répugnance instinctive que nous inspire ce système, un nouveau témoignage en faveur du respect du droit individuel. Notre sentiment en France, d'accord, comme je l'ai montré ailleurs, avec les données rationnelles, est que, sans doute, la société civile a le droit, dans l'intérêt commun, de demander aux citoyens des sacrifices dans le mode d'exercice, dans la modalité de leurs droits ; mais que ces sacrifices doivent être réduits à leur minimum et ne doivent jamais toucher à la substance des droits. Or, sans doute, le système allemand présente de grandes commodités pour l'organisation des livres fonciers, et pour la publicité absolue des mutations de droits réels reconnues par la loi. Mais cet avantage est acheté par une véritable hécatombe de tous les droits qui ne rentrent pas dans les cadres des catégories légales, et qui cependant nous semblent, d'après les données instinctives de notre conscience juridique, devoir être respectés et consacrés. Ce régime de publicité est un véritable lit de Procuste pour les droits réels qu'il prétend protéger.

Les deux parties sont d'accord pour transférer la propriété d'un immeuble, elles ont fait une vente, par exemple. Déjà, en droit allemand, cette convention n'est obligatoire que si elle a été revêtue des solennités voulues (au moins un acte notarié ou judiciaire, art. 874). Supposons qu'elles aient accompli la formalité. Il faut encore le concours du vendeur, et sa présence au bureau foncier pour que la propriété soit transférée, même *inter partes*; il suffira donc qu'il s'y refuse pour que la vente reste inefficace. L'acheteur aura sans doute un recours personnel contre

lui pour refus d'exécution d'un contrat; il aura droit à une indemnité, mais cette indemnité ne remplacera pas pour lui l'immeuble auquel il tenait, dont il avait peut-être impérieusement besoin. Et, si le vendeur est insolvable, l'acheteur sera réduit peut-être, par le concours des autres créanciers, à une indemnité dérisoire. On peut, dans ce système, manquer à la foi jurée, je ne dirai pas tout à fait impunément, mais du moins invinciblement, car l'acheteur n'a aucun moyen de vaincre la résistance obstinée du vendeur. — Si le contrat promettant l'aliénation a été fait à terme ou sous condition, ce que la loi allemande admet parfaitement (art. 158 et s.), l'acte translatif, ne devant pas être affecté de cette modalité, il faudra attendre, pour le réaliser, que le terme soit arrivé ou la condition accomplie; et pendant un temps peut-être indéfini l'acheteur restera, comme ci-dessus, à la merci du vendeur. Ou si l'on fait quand même, dès le contrat, une translation pure et simple, l'inconvénient sera retourné; c'est le vendeur qui sera à la merci de l'acheteur. — Enfin le Code allemand, très logique avec lui-même, a supprimé la prescription acquisitive en matière immobilière, qui aurait constitué un titre non mentionné sur les registres fonciers; ou du moins il ne l'a admise que moyennant une procédure qui dénature complètement son caractère fondé sur l'équité (art. 927). Ainsi une situation établie depuis un temps très long, qui aura servi de base à l'établissement de plusieurs générations, avec tous les signes qui ont pu faire croire au possesseur, même de mauvaise foi au début, que le propriétaire avait depuis longtemps abandonné sa chose, pourra être renversée du jour au lendemain par la réclamation du propriétaire autrefois inscrit au livre foncier! La bonne foi la plus absolue et la plus persistante du possesseur ne le protégera pas contre la menace de la ruine et de la misère irrémédiable pour lui et tous les siens! Nos sentiments d'équité n'admettront jamais ces solutions.

Une question qui est tout à fait à l'ordre du jour est celle de la possibilité d'une *cession de dette*, à laquelle le Code civil allemand a consacré une section (Livre II, sect. 5; art. 414-419). Le débiteur peut-il, par une cession, transporter sa dette à la charge d'un tiers, de même que le créancier peut transporter sa créance? La solution négative est enseignée par la doctrine française, à raison des droits du créancier, qui ne doit pas subir, sans son consentement, la substitution d'un nouveau débiteur inconnu et peut-être insolvable, à celui à qui il a fait foi en connaissance de cause; tandis qu'un débiteur, au contraire, n'a pas d'intérêt aussi essentiel à conserver son créancier primitif. Le Code civil allemand pose le principe inverse, mais il exige pour la validité de cette cession de dette le consentement du créancier dans l'acte, ou son approbation postérieure (art. 414, 415). Dès lors, il n'y a plus de différence essentielle avec la

doctrine admise en France. Il n'y a pas non plus de différence essentielle avec la novation *mutato debitore*, consacrée par le Code français (art. 1271, 2°; art. 1274 et suiv.), puisque le Code allemand reconnaît (art. 418) que les accessoires de la dette, hypothèques, cautions, ne garantissent pas la dette cédée, sauf consentement formel des tiers intéressés, comme l'admet en matière de novation notre Code (art. 1278-1281). Enfin, une dernière ressemblance est conservée en ce que, si l'on n'a pas le consentement du créancier, le nouveau débiteur s'ajoute à l'ancien (C. allem., art. 415, 3e al.), comme chez nous en cas de délégation imparfaite (art. 1275). On ne voit donc pas en quoi l'on pourrait signaler une lacune dans le Code civil français, si ce n'est sur quelques points de détail.

Il y a cependant une solution qui est donnée expressément par le Code allemand ; c'est pour le cas de cession par contrat du patrimoine d'une personne, vivante ou morte. Il est dit que les créanciers de ce patrimoine peuvent poursuivre le cessionnaire (art. 419) ; mais le cédant n'est pas libéré vis-à-vis d'eux sans leur consentement. Le Code français ne règle pas ces points, mais ces solutions sont celles que notre doctrine a dégagées de ses principes, notamment dans les cas pratiques de donation de biens à venir ou d'institution contractuelle, et de démission de biens impliquée dans un partage d'ascendant.

Il est entendu que le Code français n'a pas présenté une réglementation d'ensemble de la cession de dettes; mais est-il vrai, comme on l'a allégué, qu'il ignore complètement ce genre de convention, et que celle-ci soit restée étrangère à la pratique française? On se convaincra d'abord du contraire en raisonnant attentivement sur l'art. 1743 et en lisant avec soin les art. 1748 et 1749. L'acquéreur d'un immeuble « ne peut expulser le fermier ou le locataire ». Si l'on reconnaît, suivant l'opinion absolument dominante aujourd'hui, que cette règle n'est pas fondée sur un droit réel appartenant au preneur, si le locataire n'a qu'une créance de jouissance contre le bailleur, c'est cette créance qu'il va opposer désormais à l'acquéreur de l'immeuble ; le vendeur a donc cédé sa dette à l'acheteur. Tous les arguments donnés pour écarter le droit réel du preneur, entraînent forcément la conclusion qui vient d'être indiquée. Notamment, le preneur se trouvera, après comme avant la cession, dans les liens de son contrat de bail et uniquement dans ces liens ; donc, aux termes de l'art. 1709, on doit le « faire jouir » des lieux loués, moyennant le loyer qu'il paie. Or, qui est-ce qui, dorénavant, peut le faire jouir? C'est uniquement celui qui peut disposer de la chose et faire sur elle des actes de maître, par conséquent la mettre en état de se prêter à la jouissance locative; c'est donc le propriétaire actuel de l'immeuble; c'est donc l'acquéreur. La dette essentielle résultant du contrat de bail est donc passée de la tête du vendeur sur la tête de l'acquéreur. — Le vendeur est-il

complètement libéré? Ce n'est, au point de vue qui nous occupe, qu'une question secondaire. En tout cas, tout ce que le locataire pourrait invoquer contre lui, ce ne serait que sa dette subsidiaire, obligation de garantie, c'est-à-dire de dommages-intérêts pour défaut de jouissance (cf. art. 1721, 1724-1727). Mais son obligation principale, celle de *faire jouir*, a passé sur la tête d'un autre débiteur. — Le Code indique même formellement d'autres obligations, accessoires celles-là, qui sont étendues de l'aliénateur à l'acquéreur : celle d'avertir le locataire au temps d'avance usité pour les congés, un an au moins pour les baux ruraux (art. 1748); celle de payer les dommages-intérêts auxquels le locataire peut avoir droit avant son expulsion (art. 1749); cette dernière obligation ne lui incombant, il est vrai, qu'à défaut du vendeur. Ce dernier cas (mais celui-là seulement) ne serait donc analogue qu'à la délégation imparfaite.

L'art. 1743 ne s'est occupé que du transport des relations juridiques résultant du contrat de bail, parce que, dans ce cas, il avait à donner une interprétation tacite de volonté. Mais on peut en tirer cette conséquence générale, qu'un contrat synallagmatique peut être cédé par l'une des parties, du moins avec le consentement de l'autre; et ce consentement pourra être, suivant le cas, implicite ou donné par avance. La pratique ne s'y est pas trompée; elle a admis, sans même se douter que cela pouvait faire question, qu'un marché peut être cédé, lorsque celui avec qui il est fait n'a aucun intérêt contraire. Or, comme dans un contrat synallagmatique chaque partie est à la fois créancière et débitrice, celle qui cède son marché en bloc transporte nécessairement à l'acquéreur, en même temps que sa créance, par exemple en paiement du prix, sa dette, par exemple de fourniture de marchandises ou de travail; ou dans le cas inverse, sa dette de somme d'argent en même temps que sa créance de marchandises ou de travail. Cela est d'une pratique courante, parce que, généralement, le créancier n'aura pas un intérêt précis à conserver son ancien débiteur : du moment qu'il maintient son marché aux conditions promises, peu lui importe, en général, que son client change, si le nouveau est aussi solvable que l'ancien; notamment dans le commerce, peu lui importe que la maison qui lui a fait la commande ou à qui il l'a faite change de propriétaire. — Dans la plupart des cas même, on dénaturerait complètement la convention et l'intention des parties en maintenant l'ancien débiteur à l'exclusion de son successeur. Supposons que le directeur du Creusot (que je suppose seul propriétaire de l'établissement) vienne à céder son entreprise, conçoit-on que ce monsieur, retiré dans son château en province ou dans un hôtel somptueux à Paris, reste seul chargé de construire une locomotive, ou de forger les pièces d'un pont métallique ou d'un arbre de couche gigantesque, qu'on lui a commandé quand il était dans les affaires. Est-ce à lui, personnellement, que la commande était adressée?

Non; c'est uniquement à l'établissement, seul outillé en personnel et en matériel pour exécuter cette commande, seul muni des engins formidables nécessaires pour cela. Il en sera de même de la commande purement commerciale adressée à une maison qui a aussi son outillage spécial, commis, bureaux, fournisseurs attitrés, crédit, brevet d'invention, etc., pour se procurer les objets commandés dans les meilleures conditions et de la meilleure qualité. Enfin, il est un cas où le doute est encore moins possible, c'est le cas où une personne a traité avec un officier ministériel qui vient à céder son office. Vous avez chargé un avoué de suivre pour vous une procédure, ou un notaire de faire une liquidation ou un partage. Il cède son étude. Est-ce lui-même qui restera chargé de l'exécution de votre mandat, ou sera-ce son successeur? La première solution est légalement impossible; car, une fois démissionnaire, il n'a plus qualité pour cela; n'étant plus officier ministériel, il est absolument impuissant. Aussi on admet, à très juste titre, que le client a traité avec l'étude plutôt qu'avec son titulaire actuel; ce qui ne supprime pas la faculté pour lui de révoquer son mandat, comme il aurait pu toujours le faire, lors même que le titulaire n'aurait pas changé. Tout cela est de pratique courante chez nous. Ce qui prouve que nous n'avons pas attendu la science étrangère pour découvrir la cession de dette. Seulement elle n'a pas été organisée chez nous par la loi; et la doctrine elle-même l'a un peu laissée dans l'ombre. Peut-être cela tient-il à ce que l'application des principes généraux suffisait pour la réglementer d'une façon satisfaisante.

Je voudrais enfin dire deux mots seulement d'une théorie, dont on a fait grand bruit de nos jours, dont on prétend trouver les origines premières dans les vieilles coutumes germaniques et franques, et dont on réporte tout l'honneur aux traditions allemandes et à la science allemande moderne. C'est la théorie de la *Miteigenthum zù gesammter Hand* ou *copropriété en main commune*. Cette copropriété, très généralement répandue dans le très ancien droit sous le régime de la copropriété collective, et qui se serait conservée en France dans la copropriété de famille, dans les sociétés taisibles et enfin dans la communauté entre époux dont elle serait l'origine, serait caractérisée par les traits suivants : 1° les parts des copropriétaires n'ont pas de quotité fixe pendant l'indivision; 2° par suite, chaque associé ne peut disposer de sa part dans le fonds commun; 3° cette copropriété a une durée indéfinie, telle que les communistes ne peuvent demander le partage à tout moment, au gré de leur volonté (contre notre art. 815); 4° l'aliénation des objets communs n'est possible que par le concours de tous les propriétaires réunis, en unissant leur action (leurs mains: *gesammte Hand*), ou par leur mandataire commun ; 5° ces objets ne peuvent être saisis par les créanciers personnels des copropriétaires.

— Cette copropriété ainsi définie constituerait un type de copropriété absolument original tenant une place intermédiaire entre la copropriété romaine, seule passée dans notre droit moderne, de quotité fixe, toujours partageable (art. 815), disponible pour chacun quant à sa part; et la personnalité morale constituant une société propriétaire unique et exclusive du fonds social.

En y regardant de près, le trait essentiel et caractéristique, celui dont dérivent tous les autres, c'est la durée indéfinie de la copropriété avec le caractère obligatoire de son maintien, l'impossibilité de demander le partage *ad libitum*, ce qu'on a appelé la *servitude d'indivision*. Car l'indétermination de la part de chaque associé résulte de cette durée forcée de l'indivision, rendant indécis ce que chacun pourra en retirer, puisque les opérations qui auront lieu jusqu'à la fin de l'indivision pourront modifier du tout au tout la composition de l'actif commun. C'est par suite de la même promesse de prolonger l'indivision, que chaque associé ne peut disposer de *sa part dans l'objet commun*, que ses créanciers ne peuvent la saisir; de telle façon que cette vente ou cette saisie implique pour l'acquéreur ou l'adjudicataire le droit de se mettre immédiatement en possession, ou de s'immiscer dans les rapports des propriétaires entre eux. Par suite, il devient évident que l'aliénation ne peut se faire que par le concours de tous les copropriétaires ou par leur mandataire commun.

Cette institution ainsi décrite, et ramenée à la notion essentielle qui la caractérise, est-elle aussi originale qu'on le dit, aussi propre aux traditions germaniques et aux auteurs modernes qui l'ont mise en lumière ? Mais elle est vieille comme le monde ! Car, sauf peut-être quelques détails secondaires, c'est le régime *nécessaire et inévitable* auquel est soumis le fonds social dans *toute* espèce de société. On la trouvera développée tout au long, à ce point de vue, dans une page très remarquable de MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., tome IV, p. 559-561, § 381 *bis*. Les auteurs français qui font remonter aux Allemands tout l'honneur de cette théorie, ont eu tout au moins une forte distraction. Ce qui les excuse, c'est que MM. Aubry et Rau, dans la partie de leur ouvrage qui traite des diverses formes de la copropriété, sous la rubrique « *de la copropriété avec indivision forcée* » ont négligé complètement de mentionner celle qu'ils ont si bien décrite à propos des sociétés ; ils ne signalent à cet endroit (tome II, p. 411, § 221 *ter*) que certaines formes de la mitoyenneté et la propriété des différents étages d'une maison. De même sous l'article 815 (tome II, p. 406, § 221), ils ne font qu'une réserve vague pour les cas de communauté entre époux et de société. Quoique dans ce mémoire j'aie toujours évité de me citer, je ne puis me dispenser de constater que ces idées ont été développées, précisées et appuyées sur les textes du Code civil, dans mon Cours de Droit commercial, à propos

des sociétés civiles, au n° 158 (1re édition de 1876). C'est là qu'on pourra trouver les développements que je ne puis donner ici. — Je signale seulement que le Code, dans son article 1860, interdit formellement à tout associé d'aliéner ou d'engager les choses qui dépendent de la société. Ce qui doit s'entendre en ce sens qu'il ne peut aliéner ferme, même *sa part*, dans ces objets : les mots « si ce n'est pour sa part » qui se trouvaient dans Pothier (*Société*, n° 89) ont été supprimés par le Code. L'associé pourra bien aliéner sa part éventuelle dans le fonds social (v. anal., art. 1861), part subordonnée au résultat du partage après la dissolution qui doit toujours être réservé ; c'est ce que visait probablement Pothier et la L. 68 *pro socio*, D., qu'il cite ; mais il ne peut aliéner une part précise dans tel ou tel bien déterminé, ce qui attribuerait à l'acquéreur le droit d'en exiger immédiatement le partage, et porterait atteinte à l'engagement de rester dans l'indivision jusqu'à la dissolution de la société. — Le refus du droit de saisie aux créanciers d'un associé résulte chez nous *a fortiori* de l'article 2205 C. civ., interdisant aux créanciers de saisir « la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession » ; ce qui est dit pour le cas de l'indivision purement provisoire et précaire (art. 815) résultant d'une succession, doit être appliqué à plus forte raison au cas d'indivision prolongée et obligatoire produite par la société. De plus, pour ce dernier cas, les créanciers n'auront pas la ressource qui leur est offerte par l'article 2205 de provoquer le partage ; du moins faudrait-il qu'au préalable ils fissent prononcer la dissolution de la société, en se fondant peut-être sur la déconfiture de leur débiteur.

J'ai dit que cette obligation de rester dans l'indivision jusqu'à la fin de la société était le régime nécessaire et inévitable de toute société. Conçoit-on, en effet, qu'à une époque quelconque il ait pu entrer dans la tête de quelques êtres raisonnables de former une association, ne fût-ce que pour quelques années ou même pour quelques mois, dans laquelle le fonds social, jugé nécessaire au succès de l'entreprise, risquerait à tout instant de s'évanouir en fumée par une demande en partage émanée d'un des associés? Cette prétention serait absolument contradictoire avec l'engagement pris par les associés de constituer le fonds social en mettant en commun telles ou telles valeurs ; ce serait une pure ineptie. Aussi l'on ne saurait douter que cette indivision forcée n'ait existé dans la société en droit romain. Et de fait, tous les commentateurs reconnaissent comme une règle classique et élémentaire que l'action *communi dividundo* ne peut être exercée qu'après la dissolution de la société, à moins qu'il ne s'agisse de partager un bénéfice, comme par exemple les fruits d'un fonds qui devraient, d'après le pacte social, se partager en nature. (V. Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., t. II, p. 354, note 2). La dissolution de la société par la *venditio bonorum* de l'un des associés ou par

la cession de biens (*Instit.* 3, 26, § 7 et 8), montre encore qu'on ne concevait pas que la société pût durer lorsque le fonds social n'était plus intact. Ils sont vraiment admirables, ces inventeurs de théories nouvelles, qui accusent le Code d'être arriéré. Un de ces jours, ils inventeront la poudre à canon ; ils auront certes pour cela moins de siècles à remonter que pour trouver l'origine vraie de la propriété en main commune.

Toutes ces idées demanderaient certes de plus grands développements ; je compte pouvoir les présenter au public très prochainement avec toute l'ampleur désirable. Mais malgré la brièveté de ce résumé, j'espère qu'elles suffiront pour montrer que les nombreuses phalanges de jurisconsultes qui luttent sous la bannière du Code civil peuvent être fières de leur drapeau, et pour justifier le vœu que la « Science moderne » n'arrive pas à détruire dans notre cher pays les grandes idées, nobles et généreuses, qui ont fait la vie de la France et la gloire de notre littérature, spécialement de notre littérature juridique.

A. Boistel.

Albert TISSIER

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Code civil et les Classes ouvrières

LE CODE CIVIL ET LES CLASSES OUVRIÈRES

Pendant longtemps le Code civil a été considéré, dans l'opinion générale des historiens et des juristes, comme une législation démocratique. Cette légende a été peu à peu détruite et il n'en reste presque rien. L'accord paraît fait aujourd'hui à cet égard entre ceux qui attaquent et ceux qui défendent l'œuvre du Code civil. L'importance historique et le rôle social du Code civil n'en sont pas diminués : il a établi en France l'unification du droit privé; il a fixé dans notre législation plusieurs des principes essentiels de la Révolution, la sécularisation du droit, l'égalité des personnes, et l'affranchissement du sol; sur bien des points, il a été, comme on l'a mille fois répété, une œuvre de transaction, de sagesse et de modération. Tout cela reste vrai. Mais il est vrai aussi d'ajouter qu'il n'est pas animé d'un esprit démocratique. Si on semble maintenant d'accord pour le reconnaître, cela tient, bien évidemment, pour une grande partie, à la réaction profonde qui, à la fin du XIXe siècle (1), s'est opérée contre l'individualisme jadis triomphant; après avoir longtemps dominé, après avoir, pendant plusieurs générations, été considérée comme un dogme, la doctrine individualiste est de plus en plus désertée : de tous les côtés et presque dans tous les partis, on est, plus ou moins profondément et avec des vues souvent opposées, épris d'un idéal de réformes sociales comportant une large intervention de l'Etat : tels grands orateurs ou grands écrivains du parti libéral actuel se trouvent avoir un programme voisin de celui de certains socialistes. Aux uns et aux autres le Code civil ne peut apparaître comme contenant le droit privé d'une démocratie. Mais il faut ajouter que, même en s'en tenant à la doctrine individualiste du XVIIIe siècle et de la Révolution, le Code civil ne peut être considéré comme ayant été fait dans un but démocratique, c'est-à-dire en vue d'accorder à toutes les personnes une égale protection de leurs intérêts privés (2). Sans tomber dans l'exagération et dans l'injustice, sans en

(1) Cpr. Henry MICHEL, *L'Idée de l'Etat*, 1895, p. 625.

(2) Il est à peine besoin de rappeler que le mot *démocratique* est pris ici dans une acception qui diffère notablement du sens primitif et est beaucoup plus large. Il ne s'agit plus du régime politique, de la forme du Gouvernement. Il s'agit de l'état social; il s'agit des réformes sociales auxquelles aspirent légitimement les classes laborieuses et qui doivent assurer le respect égal des droits de chacun, en protégeant de plus, comme cela

faire une législation de caste, on peut affirmer que le Code civil a été animé d'un esprit favorable aux classes moyennes : ce sont elles qui, en définitive, ont eu le profit exclusif des conquêtes faites, sur le terrain juridique, par la Révolution. Le Code civil ne s'est pas occupé de protéger les masses ouvrières et d'aider à leur développement moral et matériel. Il ne peut donc être considéré comme une législation démocratique. C'est un titre qu'il avait usurpé à une époque où, dans un excès d'admiration et d'enthousiasme, on était disposé à lui reconnaître toutes les qualités. Il a fallu le lui retirer. On peut même aujourd'hui s'étonner qu'on le lui ait maintenu aussi longtemps. Cette courte étude n'a d'autre intérêt que de rappeler quelle a été la légende et comment elle a disparu.

I

On sait que le Code civil a été, après sa promulgation, l'objet d'une admiration aveugle ; commencée dans les panégyriques officiels qui avaient accompagné, au cours des travaux préparatoires, les exposés de motifs, rapports au Tribunat, et discours au Corps législatif, elle s'était établie sans peine pendant les années de gloire et de conquête qui suivirent l'achèvement de la législation nouvelle. La légende fut ensuite fixée et répandue par les juristes et les historiens, appartenant le plus souvent à la classe moyenne qui avait largement bénéficié de la Révolution et des principes nouveaux du droit privé. Le Code civil devint ainsi presque un livre révélé, un texte sacré ; c'était la charte immuable, impérissable, des conquêtes de la Révolution ; il contenait les bases essentielles des sociétés nouvelles ; il était la loi définitive des démocraties.

Ces idées se retrouvent fréquemment dans les travaux des juristes ; elles y dominèrent pendant plus d'un demi-siècle après la mise en vigueur du Code civil. L'un vantait cette législation « sincèrement démocratique » (1). Un autre décrivait « son esprit essentiellement et profondément démocratique » (2). Un troisième disait d'elle qu'elle est « le résumé pacifique des principes libéraux et populaires de la grande Révolution de 1789 » (3). Et c'est dans cet esprit qu'un conseiller à la Cour de cassation, M. Sevin,

---

est juste, celui qui, étant plus faible, est exposé, si on le laisse sans défense, à l'oppression des plus forts et des plus puissants. Une législation est démocratique quand elle cherche à établir, dans la réalité et non seulement dans les formules législatives, d'une part l'égalité des droits de tous les individus, d'autre part la protection des plus faibles. C'est bien à ces deux résultats que doit tendre le régime politique de la démocratie. Il n'est que juste d'ajouter qu'au XVIII[e] siècle et au cours de la Révolution, c'est surtout au point de vue politique qu'on se plaçait ; on songeait beaucoup moins aux réformes sociales.

(1) Benech, *Revue de législation*, t. 46, p. 47.

(2) Eschbach, *Indroduction générale à l'étude du droit*, 1856, p. 145.

(3) Thieriet, *Rev. de législ.*, t. 35, p. 281.

chercha à démontrer dans un long et important travail, aujourd'hui un peu oublié, que les principes démocratiques de la Révolution française avaient tous passé dans le Code civil et lui donnaient son véritable caractère politique et social (1).

Ce point de vue, qui nous paraît aujourd'hui bien exagéré, était alors presque classique. Les commentateurs les plus clairvoyants et les plus pénétrants du Code civil, MM. Aubry et Rau, exposant les idées fondamentales qui l'ont inspiré, signalent « la restriction apportée, dans un esprit tout démocratique, à la liberté des conventions particulières » (2). M. Colmet de Santerre va même jusqu'à soutenir, ce qui est quelque peu paradoxal, que l'art. 1781 C. civ., abrogé en 1868, et d'après lequel, en matière de louage des domestiques et ouvriers, le maître était « cru sur son affirmation pour la quotité des gages, le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante », était une disposition toute dans l'intérêt des classes ouvrières; le législateur voulait que les personnes illettrées pussent aisément se placer, malgré l'impossibilité pour elles de rédiger un écrit constatant le contrat, ou de signer les quittances constatant les paiements. « La disposition de l'article 1781, présentée dans ces dernières années comme le résultat d'une pensée antiégalitaire, la constitution d'un privilège de caste, était donc inspirée par l'intérêt d'un grand nombre de personnes qui ont besoin d'engager leur travail à autrui pour trouver le moyen de subsister » (3). Cette explication est inexacte; ce n'est pas celle qui a été donnée lors de la rédaction du Code : on y a manifesté un sentiment de défiance contre les ouvriers. On pourrait d'ailleurs, en se plaçant à ce point de vue, justifier tout aussi bien les plus profondes inégalités, et soutenir même que les classes ouvrières doivent être, dans leur intérêt exclusif, placées sous la direction et dans la dépendance des classes possédantes.

C'est surtout dans le mémoire lu par Troplong à l'Académie des Sciences morales et politiques, en 1848 et 1850, sur « l'esprit démocratique du Code civil », que se trouve le développement complet, l'entier épanouissement de l'opinion qu'ont eue pendant longtemps les juristes sur le caractère social du Code civil (4).

Au droit romain et au droit féodal, qualifiés par lui d'aristocratiques, Troplong oppose le droit du Code civil, essentiellement démocratique. Le Code civil s'est, dit-il, identifié avec les principes démocratiques de la Révolution « qui a laissé peu de chose à faire aux générations suivantes pour l'affranchissement de l'homme ». Il est basé sur l'égalité, la liberté,

(1) Sevin, *Revue pratique*, t. 21, p. 145; t. 30, p. 350, 436.
(2) Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, p. 39, § 16.
(3) Colmet de Santerre, t. 7, p. 340, n° 232 *bis*, I. — Cpr. Locré, t. 14, p. 356.
(4) *Rev. de législ.*, t. 32, p. 128; t. 37, p. 321; t. 38, p. 181; t. 39, p. 5.

l'équité; le droit naturel, la raison, la morale y règnent. « C'est le droit commun des nations civilisées ». Ses rédacteurs, « passés au feu de la fournaise démocratique », pouvaient-ils, d'ailleurs, y mettre autre chose que le droit de la Révolution? « Dans la vie de la famille, dans la constitution de la propriété, dans le système des conventions, le Code civil, œuvre d'hommes de la Révolution, porte à un incomparable degré d'excellence le cachet de son origine démocratique ». Tout paraît à Troplong démocratique dans le Code civil, non seulement les principes, mais les détails de réglementation; par exemple, il soutient que les formalités du mariage dans le Code civil sont organisées d'une façon toute populaire et démocratique : or, on a été tout justement obligé, il y a quelques années, de les simplifier dans l'intérêt surtout des classes pauvres, et aujourd'hui encore, on les trouve trop compliquées et trop gênantes. Troplong repousse cependant le divorce du Code civil comme antidémocratique et sans intérêt pour le plus grand nombre. Mais ce qu'il critique surtout, comme contraire à la démocratie, c'est la formule de l'art. 1370 C. civ., d'après lequel il est des obligations qui résultent de l'autorité seule de la loi. D'après lui, la démocratie consiste dans la liberté et l'égalité juridique des personnes : il n'admet pas que le législateur puisse, de sa seule autorité, créer des obligations à la charge de certains individus et au profit de certains autres; aussi, le texte de l'art. 1370 lui paraît-il plein de dangers dans sa formule vague et obscure. Il cherche à en restreindre la portée aux seuls cas expressément visés dans l'art. 1370; il ne peut y avoir d'obligations légales venant s'ajouter aux contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits, rapports de copropriété et de voisinage. Le législateur ne doit pas créer d'autres obligations; il doit bien se garder de transformer en obligations positives des devoirs de morale et d'humanité; il lui faut se borner à concilier et équilibrer les libertés. C'est en cela, dit-il, que consiste la démocratie; tous les hommes y sont égaux et ont droit à la protection de la loi « dans les conditions d'inégalité qu'ils se sont faites par le légitime emploi de leurs forces naturelles ». Les classes pauvres « doivent chercher dans l'activité individuelle le principe de leurs progrès », et non pas « se traîner servilement à la suite de l'Etat, pour exiger de lui qu'il se fasse leur nourricier ». Troplong exprime, dans sa formule absolue, l'indifférence cruelle qu'on a souvent reprochée à la doctrine individualiste : « Laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversité : il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance ».

Bien que réclamant une revision du Code civil, le mémoire lu par M. Batbie, en 1865, à l'Académie des Sciences morales et politiques (1),

(1) BATBIE, *Rev. crit. de législ. et de jur.*, t. 28, p. 125. — V. encore DE BEAUVERGER

n'avait pas en vue de critiquer l'œuvre sociale du Code civil et d'en demander la réforme dans un sens démocratique. Il s'agit toujours de conserver au droit privé les mêmes principes, considérés par M. Batbie, aussi bien que par Troplong, comme les bases essentielles de l'état démocratique : le mémoire demande, au point de vue individualiste et libéral, encore plus de liberté des personnes et des propriétés, moins de formalisme et de prohibitions, notamment en matière de donations, de partages, de pactes sur successions futures, et moins de protection pour les patrimoines, notamment sous forme de dotalité et de dation de conseils judiciaires aux prodigues. C'est maintenir le point de vue individualiste, en l'appliquant avec plus de raison et plus de logique. C'est développer les principes mêmes du Code civil, qui reste, pour M. Batbie, malgré quelque désaccord avec les faits économiques survenus après lui, la meilleure législation des démocraties.

Bien des historiens ont partagé cette opinion. Thiers n'hésite pas à dire du Code civil, qu'il est « le Code du monde civilisé moderne ». Il réalise, pour lui, la législation que réclame « une société devenue démocratique » ; il consacre « la meilleure forme de l'état social ». Ecartant, en quelques mots dédaigneux, les critiques formulées au nom du Tribunat, en 1802, contre les premiers titres du Code civil, critiques qu'il juge « aussi vaines que ridicules », Thiers ajoute : « Il était impossible de faire autrement ni mieux. On pouvait, à la vérité, substituer, çà et là, un mot à un autre mot, transporter un article d'une place à une autre place ; on le pouvait sans beaucoup de danger, mais sans beaucoup d'utilité aussi » (1).

Pour Mignet, le Code civil est « la charte impérissable des droits civils, servant de règle à la France et de modèle au monde ». Il représente « la liberté acquise au travail, la protection accordée à la faiblesse, la justice assurée au bon droit, l'essence des contrats mieux connue et plus respectée, l'égalité dans les partages solidement établie, la propriété plus répandue, la richesse mieux distribuée, la famille plus unie, la nation plus homogène » (2). Evidemment, si le Code civil représentait tout cela, il serait bien la législation idéale d'une société démocratique. Mais qui donc, aujourd'hui, oserait reprendre et défendre sans réserves et sans restrictions, l'appréciation que nous venons de rappeler ?

Quelques années plus tard, Laferrière écrivait aussi que « le Code civil renferme un droit national sans doute, mais où brille surtout le caractère d'un droit rationnel et vraiment social... ; les principes de la famille,

---

(*Bulletin des travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1862, t. 61, p. 363).

(1) Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. 3, p. 344 et 345 ; t. 4, p. 726 ; t. 20, p. 225.

(2) Mignet, *Rev. de législ.*, t. 13, p. 471 ; t. 20, p. 30.

de la propriété, de la foi des contrats, vivants dans ses dispositions, sont immortels au sein de l'humanité » (1). Il considérait le Code civil comme la loi définitive de la France : « Si les orages politiques et les fausses lueurs des doctrines antisociales pouvaient un instant égarer notre pays, le Code civil serait notre ancre de salut... Par les principes éternels qu'il a consacrés sur la famille, la propriété, les successions, il ramènerait la société française aux lois constitutives de la vie sociale » (2).

Tous ceux dont nous venons de rappeler les opinions confondaient bien évidemment la démocratie avec les classes moyennes. C'est ce qu'avait fait, en 1822, Royer-Collard, dans le fameux discours où il avait dit que la démocratie coulait à pleins bords, qu'elle était partout, dans la propriété, dans les lois, dans les choses, dans les hommes (3). Mais il faut reconnaître que la même appréciation du Code civil se retrouve sous la plume d'esprits vraiment indépendants et animés d'opinions sincèrement démocratiques. On peut, par exemple, s'étonner de lire dans Tocqueville que « le torrent démocratique a débordé sur les lois civiles » et que, dans le Code civil, Napoléon a voulu satisfaire les passions démocratiques de ses contemporains dans tout ce qui n'était pas directement ou indirectement hostile à son pouvoir » (4). Et on est plus surpris encore de rencontrer cette même idée, reprise et développée, bien des années après, par Edgar Quinet. Dans des pages, d'ailleurs admirables, il montre la démocratie, s'attachant, au cours de la Révolution, à l'idée du droit « pour en ôter la rouille sanglante que les temps y ont déposée ». Au moment où s'inaugure la Terreur, au milieu des bruits de guerre et des craintes de l'invasion, « ce peuple qui n'a plus, ce semble, qu'un jour à vivre, le passe à se donner les lois qui régissent aujourd'hui le monde, Tables de la loi apportées véritablement au milieu des éclairs et des foudres !... Notre Code civil se fonde sans lutte, sans opposition, par une sorte de nécessité créatrice, sous laquelle tous les fronts comme toutes les passions s'inclinent... Il n'est aucun peuple qui ait fait paraître cette puissance de raison civile dans l'extrême danger de mort. Je ne vois pas que les Romains aient rien fait qui en approche. On parle encore de ce champ qu'ils ont acheté pendant qu'il était occupé par Annibal. Qu'est-ce que cela auprès de ce champ des lois civiles acquis et donné au monde par les Français, pendant que le monde les occupait et les tenait presque sous ses pieds... Comme une mer furieuse dépose au fond de son lit de tranquilles stratifications de marbre, ainsi la Révolution française, dans ses

(1) Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution française*, 1851, p. 185.

(2) Laferrière, *Rev. de législ.*, t. 38, p. 401.

(3) V. Scherer, *La démocratie et la France*, 1884, p. 5.

(4) De Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, t. 3, p. 312.

temps les plus terribles, dépose au fond de son lit les assises parallèles, symétriques, harmonieuses de ses lois privées... Les bouleversements des partis ne changent en rien le plan, l'idée, l'esprit de ce droit privé, qui semble se graver lui-même comme la nécessité dans les consciences... Comparez le Code civil de 1793 à celui de 1803. Vous verrez que toutes les grandes formules, celles qui déterminent une législation, ont passé presque littéralement du Code de la Convention dans le Code de l'an XII. La substance de la loi est la même. Et pouvait-il en être autrement quand c'étaient les jurisconsultes de la Convention : Cambacérès, Treilhard, Berlier, Merlin de Douai, Thibaudeau, qui reproduisaient leur œuvre sous le masque du premier Consul ?... Les travaux collectifs de la Constituante, de la Législative, surtout ceux de la Convention, modifiés sans doute, corrigés, complétés dans les détails, allèrent s'engloutir dans la gloire unique du premier Consul... L'œuvre du Code civil a été continuée toujours dans le même esprit à travers les époques les plus diverses de la Révolution » (1).

On voit ici clairement l'erreur qui a beaucoup aidé à former la légende de l'esprit démocratique du Code civil : on a cru que le Code civil n'était que le développement du Code de la Convention. Aujourd'hui que la lumière est mieux faite sur ce point, et que d'ailleurs l'individualisme intransigeant qui régnait il y a cinquante ans a à peu près disparu, il ne reste, nous l'avons dit, presque rien de cette légende. Il semble cependant qu'elle n'ait pas perdu tout crédit et toute influence à l'étranger. On lit, par exemple, avec quelque étonnement, dans un ouvrage récent de philosophie sociale, d'un grand intérêt d'ailleurs : « Le résultat social de la Révolution française se trouve dans la condensation juridique de tout ce mouvement révolutionnaire dans le Code Napoléon. Ce Code représente le premier pas dans la socialisation du droit. L'esprit de cette collection de lois se laisse caractériser par ce trait qu'en elle l'individu s'efface universellement derrière l'intérêt public. Le Code Napoléon a imprimé et finalement incorporé ce caractère de socialisation dans toutes les législations européo-américaines du siècle » (2). Il y a là, à notre avis, une erreur certaine ; la socialisation du droit, qui d'ailleurs ne se rattache que faiblement à la Révolution, a commencé bien après le Code civil ; elle se développe en dehors de lui et, sur certains points, contre lui.

(1) Edgar Quinet, *La Révolution*, t. 2, p. 314. — Il faut ajouter qu'Edgar Quinet a écrit plus tard et avec plus de vérité : « Il faut que l'équité pénètre dans la science et dans les formules rigides de la législation traditionnelle, pour enfanter le nouveau droit, travail qui ne se fera pas en un moment, mais auquel chaque jour apportera sa part de pensée et d'action ». (*La République*, p. 245).

(2) Ludwig Stein, *La question sociale au point de vue philosophique*, trad. franç., 1900, p. 303.



II

C'est, en effet, à raison de son caractère trop individualiste et surtout trop indifférent aux misères des classes ouvrières que les premières attaques furent dirigées contre le Code civil par quelques-uns des disciples de Saint-Simon, partisans des principes d'autorité et d'intervention de l'Etat en matière de législation. L'affranchissement de la femme mariée, la réforme du régime successoral, les abus de la libre concurrence et l'absence d'organisation du travail, les dangers de la liberté des contrats s'exerçant sans contrôle et sans protection pour les salariés, la nécessité de l'intervention de la loi pour mettre dans le droit privé un esprit nouveau de justice et de solidarité, toutes ces idées et toutes ces formules si actuelles, et que nous sommes tentés de rattacher à un mouvement tout récent, étaient déjà soutenues et développées sous la Restauration et sous la monarchie de Juillet. Critiquant violemment l'absence de réglementation du contrat de travail, Bazard écrivait en 1829 : « Cette transaction est-elle libre de la part de l'ouvrier ? Elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie, réduit comme il l'est à n'attendre sa nourriture de chaque jour que de son travail de la veille... L'ouvrier se présente comme le descendant direct de l'esclave et du serf... Dans cet affranchissement légal, il ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail » (1).

Les défauts et les lacunes du Code civil furent aussi peu après signalés, en termes naturellement plus discrets et avec une grande modération, par quelques écrivains libéraux, philosophes ou économistes. C'est ainsi qu'au lendemain de la Révolution de 1830, Lerminier émettait l'espoir que le changement de régime allait amener une revision intégrale de la codification impériale à laquelle il reprochait de n'avoir été qu'une rénovation de l'ancienne jurisprudence ; et il s'élevait contre ce respect superstitieux qui veut faire des lois de l'antiquité la loi des vivants (2). Sans aller jusque-là, Rossi, qui, quoique individualiste, voyait bien les dangers de la concurrence sans frein et comprenait la nécessité d'une législation du travail, reconnaissait franchement, dans son mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques en 1837, que « le corps social et la loi sociale ne paraissent plus exactement faits l'un pour l'autre » ; et il ajoutait que ce

(1) Bazard, *Doctrine de Saint-Simon*, I, p. 175.

(2) Lerminier, *Philosophie du droit*, 3e éd., p. 99.

désaccord n'était pas chose accidentelle et passagère : « La société nouvelle commence à éprouver quelque gêne et à ne plus se sentir complètement à l'aise dans les limites posées par nos codes... Le Code, image fidèle d'abord de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance » (1). La même opinion avait été peu de temps auparavant émise par Wolowski : « Le Code, écrivait-il, a été rédigé à une époque où il s'agissait plutôt de formuler les conquêtes du passé que de préparer les améliorations de l'avenir » (2). Enfin, c'est à ce même point de vue que se place Renouard dans le long et important mémoire lu en 1854 à l'Académie des Sciences morales et politiques : tout en restant fermement attaché aux doctrines libérales individualistes, il y montre la nécessité de combler la lacune la plus considérable du Code civil, l'absence de législation du travail (3).

Les critiques furent naturellement plus vives chez les écrivains socialistes et démocrates qui, en très grand nombre, sous la monarchie de Juillet et la seconde République, attaquèrent le régime établi, au point de vue de l'intérêt des masses ouvrières. Un des précurseurs du socialisme, Buret, dénonce avec force les abus du laisser-faire et fait appel à l'Etat : « Que la loi fasse, en faveur du travail, moitié moins seulement de ce qu'elle a fait autrefois contre lui, et la cause la plus générale de la misère sera supprimée... La loi, quand elle est bien intentionnée et intelligente, a le pouvoir de faire le bonheur d'un peuple : la loi intelligente est l'expression de la justice » (4). Louis Blanc développe les principes d'un socialisme nettement autoritaire. Il montre que, sur le terrain du droit, la liberté ne profite qu'aux possédants; les autres subissent l'inévitable tyrannie des choses, sont esclaves de la faim, du froid, de la nécessité où ils sont de trouver un salaire quelconque. La vraie liberté, d'après lui, ce n'est pas seulement le droit laissé par la loi, c'est le pouvoir réel de développer ses facultés sous l'empire de la justice et sous la sauvegarde de la loi : « Qu'importe au malade qu'on ne guérit pas le droit d'être guéri ?... Le droit considéré d'une manière abstraite est le mirage qui, depuis 1789, tient le peuple abusé ». Louis Blanc ne demande pas seulement l'organisation du travail; il attaque le système successoral du Code civil; il critique aussi le droit de famille établi par ce Code et qui a permis pendant si longtemps d'enfermer dans les fabriques des enfants de cinq et six ans; il rappelle à cet

(1) Rossi, *Observations sur le Code civil dans ses rapports avec l'état économique de la société*, Rev. de législ., t. 11, p. 75.
(2) Wolowski, *Rev. de législ.*, t. 6, p. 247.
(3) Renouard, *Du contrat de prestation de travail*, *Bull. de l'Académie des Sciences mor. et polit.*, 1854, t. I, p. 161 et s. — V. aussi Wolowski, *Rev. de législ.*, t. 21, p. 269; Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, p. 168.
(4) Buret, *Misère des classes laborieuses*, p. 234 et 251.

égard que la loi du 22 mars 1841, qui fixa à huit ans l'admission des enfants dans les usines et ateliers, fut considérée pour beaucoup comme portant atteinte aux principes du Code civil (1). Les mêmes idées se retrouvent dans les ouvrages de Pecqueur ; il y est question constamment, comme dans tant d'ouvrages publiés ces dernières années, de socialisation du droit, de solidarité, de la féodalité industrielle, des prétentions égoïstes des droits acquis, des ouvriers esclaves de la misère, de la nécessité d'une législation nouvelle favorable aux classes pauvres. Il aspire à une intervention sociale qui « prescrira tous les soins, toutes les garanties qui peuvent donner la lumière, la moralité et la sécurité d'existence » (2). Il exprime sur la liberté la même opinion que Louis Blanc : « On manque de la liberté quand on sent un besoin dont la satisfaction est licite moralement et socialement, qui ne nuit justement à personne et qui trouve obstacle dans les institutions ou dans la volonté égoïste d'une classe ou d'un parti » (3).

Les réformes du droit en faveur des classes ouvrières étaient réclamées sous la monarchie de Juillet, non seulement par les socialistes, mais aussi par le parti républicain et démocrate. Quoiqu'en principe fermement attaché aux principes de l'individualisme, il demande constamment une plus grande socialisation du droit. Il serait facile de citer ici bien des articles ou des discours d'Armand Marrast, de Ledru-Rollin, de Lamartine, et de beaucoup d'autres écrivains ou orateurs du parti (4). M. Henry Michel a très bien montré comment cette école démocratique se distingue de l'école libérale pure, en ce qu'elle a eu le sentiment des droits et des intérêts des masses ; elle « ne s'est pas effrayée à l'idée que l'Etat pouvait avoir à intervenir assez souvent en faveur de l'égalité et de la justice dans les relations sociales (5) ».

Dans ses nombreux écrits, d'une si profonde éloquence, l'un des grands écrivains de cette école, Lamennais, attaque violemment les principes de la législation, qui ont abouti à la situation misérable des classes ouvrières : il dénonce ce qu'il y a d'illusoire pour elles dans les idées d'égalité juridique et de liberté des contrats : « La faim place le prolétaire dans la dépendance absolue du capitaliste. Pour lui, nulle défense possible de ses intérêts contre l'injustice et l'oppression... D'où vient le mal dans l'ordre

(1) Louis Blanc, *Organisation du travail*, p. 17, 19, 65.

(2) Pecqueur, *Des intérêts du commerce, de l'industrie et de l'agriculture*, 1839, t. 2, p. 13, 105, 106, 160.

(3) Pecqueur, *Des améliorations matérielles dans leurs rapports avec la liberté*, 1843, p. 6. — V. aussi Pecqueur, *Théorie nouvelle d'économie sociale*, 1842.

(4) V. à cet égard, Henry Michel, l'*Idée de l'Etat*, 1895, p. 318 et suiv. ; Georges Weil, *Histoire du parti républicain en France*, 1900, p. 180 et suiv.

(5) Henry Michel, *op. cit.*, p. 335.

matériel? De ce que, en vertu des lois faites par le riche, pour l'intérêt exclusif du riche, il profite presque seul du travail du pauvre. De quoi s'agit-il donc? D'assurer au travail ce qui lui appartient équitablement dans le produit du travail même » (1).

Proudhon avait engagé les jurisconsultes républicains à frayer à l'esprit du siècle la route nouvelle et à développer la formule révolutionnaire, à créer un droit humanitaire (2). Sous le second Empire, ce furent, en effet, surtout des républicains, se rattachant toujours d'ailleurs à l'école individualiste, qui attaquèrent l'œuvre du Code civil. En 1866, un comité s'était même formé en vue d'en étudier et d'en préparer la refonte : on y trouvait les plus éminents et les plus ardents des membres de l'opposition d'alors : Jules Simon, Jules Favre, Jules Ferry, Vacherot, Joseph Garnier, Courcelle-Seneuil, Floquet, Clamageran, Acollas, etc. Ce comité n'a laissé que bien peu de chose (3). Mais plusieurs de ses membres ont eu l'occasion, dans leurs écrits, de formuler leurs idées sur la législation envisagée au point de vue démocratique. Vacherot surtout a établi de main de maître les bases philosophiques de la théorie démocratique libérale, de l'individualisme nouveau et élargi, maintenant le droit de l'individu comme but, mais admettant une large intervention de l'Etat, là où cela est nécessaire pour la protection du droit individuel : « Le droit social n'a d'autre objet que le respect et le développement du droit individuel » (4). Dans l'œuvre d'Acollas, on trouve surtout, d'une part des critiques acerbes, injustes et sans aucune mesure contre le Code civil, et d'autre part un éloge excessif du Code de la Convention : la passion politique l'entraînait à abaisser la législation impériale d'une façon tout à fait aveugle et partiale. C'est ainsi qu'il décrit le Code civil comme « un vaste ossuaire, où des esprits médiocres n'ont su qu'entasser les débris de vingt siècles, et où la main du premier Consul n'apparaît que lorsqu'il s'agit d'attenter à l'idée du juste... une compilation inférieure à la science du XVIII[e] siècle, sans méthode, sans unité, sans idéal ». Il oppose à ce Code défectueux, plein de lacunes et de contradictions, le Code de la Convention aux idées larges, au style admirablement ferme, sobre et précis. Le Code civil est, pour lui, « la contre-révolution au cœur même de la société civile ». Il faut en faire la revision intégrale dans un sens démocratique : « Assez longtemps, le Code Napoléon a pesé sur la démocratie, du poids d'un prestige impie... Notre droit actuel est en pleine réaction contre les idées de la Révolution et

(1) LAMENNAIS, *De l'esclavage moderne*, 1851, p. 87; *Le livre du peuple*, 1851, p. 115.
(2) PROUDHON, *Idée générale de la Révolution au XIX[e] siècle*, p. 251.
(3) V. les procès-verbaux de ses réunions reproduites par ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, t. I, 2[e] éd., *Introd.*, p. LXXX.
(4) VACHEROT, *La démocratie*, 1860, p. 233. — V. aussi dans le même sens, DUPONT-WHITE, *L'individu et l'Etat*, 3[e] éd., 1865, p. 242 et suiv.



contre les premiers principes du droit » (1). Ces attaques passionnées, qui ne s'expliquent que par la haine violente que leur auteur portait au gouvernement du second Empire, et qui ne méritent pas qu'on s'arrête à les réfuter, ont été cependant reprises par d'autres écrivains du même parti. Ainsi Courcelle-Seneuil, qui fut cependant un individualiste ardent et un adversaire convaincu de l'intervention de l'Etat, a exprimé de même, sans doute sous l'impression de son hostilité pour le régime impérial, une opinion peu favorable au Code civil : « Le Code civil ne saurait, a-t-il écrit, nous inspirer aucune superstition. Il n'a, évidemment, nulle valeur doctrinale. C'est une transaction faite à propos entre des partis fatigués de la lutte et incapables de s'entendre. Rien de plus. Ce Code a été, lors de sa promulgation, l'objet d'une vénération marquée, hors de toute proportion avec sa valeur intrinsèque, et cette vénération a été souvent intolérante » (2). Vers la même époque, Lanfrey opposait aussi au Code civil, qu'il appelle « la compilation du Conseil d'Etat », le Code de la Convention, à son avis de beaucoup supérieur (2). On retrouve encore cette même appréciation dans une des œuvres d'un grand philosophe de notre époque, tout récemment disparu, Renouvier. « Les Codes ont été composés sous l'influence du génie brutal et des idées vulgaires de Napoléon... Un Digeste de législation arriérée a prévalu sur les principes de liberté et les sentiments d'humanité qu'avaient répandus les philosophes du XVIIIe siècle, et dont s'inspirait la Convention dans son projet... Le caractère routinier des lois civiles est presque un scandale en France » (3). C'est enfin, avec plus de modération, la thèse qu'a développée récemment M. Sagnac, dans son excellent ouvrage sur la législation civile de la Révolution française. S'il faut l'en croire, le Code civil de la Révolution reposait sur des conceptions philosophiques et sociales; dans le droit du Code civil, on n'en trouve plus. C'est la réaction de l'esprit juridique sur l'esprit philosophique : « Lorsque le premier titre du projet fut rejeté par le Corps législatif, ce fut le dernier triomphe de l'esprit philosophique contre l'esprit juridique envahissant » (4). Il nous faut aujourd'hui, conclut M. Sagnac, revenir sur bien des points au droit de la Convention : « Le besoin d'une justice plus égale, qui travaille la société actuelle, ne peut que rapprocher les lois civiles des projets de la Convention... Le droit révolutionnaire pourra exercer une influence salutaire; il

(1) ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, t. I, 2e éd., 1874, *Introduction*, p. XXXI et LXIV; *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon*, 1866, p. 16 et 17.

(2) COURCELLE-SENEUIL, *Journal des économistes*, juin 1865; et *Préparation à l'étude du droit*, p. 301.

(3) RENOUVIER, *Philosophie analytique de l'histoire*, t. 2, p. 732; t. 4, p. 635.

(4) SAGNAC, *La législation civile et la Révolution française*, p. 392.

est supérieur à la tradition juridique et animé d'un esprit philosophique qui lui a fait devancer les siècles » (1).

Et tandis que le Code civil est ainsi critiqué par les admirateurs de la législation révolutionnaire, les écoles socialistes et interventionnistes de toutes nuances reprennent contre lui les attaques que formulaient déjà les démocrates et les socialistes sous la monarchie de Juillet et en 1848. De plus en plus s'évanouit et disparaît l'idée ancienne de l'esprit démocratique du Code civil. De plus en plus s'établit, au contraire, l'idée que, si le Code civil a maintenu et appliqué plusieurs des grands principes du droit révolutionnaire, si, au point de vue de l'histoire de notre droit français et du droit privé en général il a été une grande œuvre, dont on ne saurait trop dire l'importance, il a été cependant une législation bourgeoise, peu soucieuse des droits et des intérêts des classes laborieuses.

III

Nous avons présenté les deux thèses, celle qui a presque entièrement disparu, et celle qui paraît bien avoir triomphé. On nous permettra, pour conclure, quelques courtes observations.

Il y a tout d'abord, à notre avis, une égale exagération et une même inexactitude à vouloir faire du Code civil « la Révolution ramassée en 2,000 articles » (2), ou à présenter le Code civil comme la contre-révolution triomphante en 1804 et se fixant dans la législation française nouvelle. D'une part, on ne peut sérieusement contester au Code civil le mérite immense d'avoir fait pénétrer définitivement dans notre droit privé plusieurs des conquêtes de la Révolution. Mais, d'autre part, il ne faut pas, à l'inverse, y voir tout le droit révolutionnaire et identifier, comme on l'a fait souvent, la Révolution et le Code civil. Ces deux points paraissent faciles à démontrer.

Le Code civil est, sur des points essentiels, une législation née de la Révolution. « Nous avons respecté dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique ». Ainsi s'exprime Portalis dans son *Discours préliminaire*. La sécularisation complète du droit privé, l'égalité juridique des personnes, l'affranchissement de la propriété, ce sont à coup sûr des conquêtes de la Révolution ; la dernière surtout est capitale, et ce n'est pas à tort que Taine a écrit que la Révolution « est par essence une translation de propriété » (3). L'égalité des partages

(1) SAGNAC, *op. cit.*, p. 397.

(2) V. M. LEROY, *Le droit civil et le droit nouveau*, 1904, p. 5.

(3) TAINE, *Les origines de la France contemporaine, la Révolution*, t. I, p. 386.

imposée par le Code civil à toutes les familles et s'appliquant à toutes les successions, n'est-ce pas aussi une règle révolutionnaire d'une importance considérable? L'article 745 C. civ., on l'a dit avec grande raison, a rendu l'aristocratie de race impossible en France (1). Dans le savant et intéressant mémoire qu'il a lu à l'Académie des Sciences morales et politiques en 1870, sur la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789 (2), Valette a, nous semble-t-il, quelque peu exagéré la portée traditionnelle du Code civil: « Les hommes politiques d'alors, a-t-il dit, chargés de la grande œuvre de la rédaction d'un Code civil, n'ont fait en général que mettre en articles le droit courant, le droit bien connu par les jurisconsultes, formé par l'expérience et la logique des siècles, et enraciné dans la conscience et dans les habitudes de la nation ». Ils ont certainement fait plus: ils ont fait passer dans les lois civiles, dans la vie sociale, plusieurs principes conquis par la Révolution ; et avec le grand bienfait de l'unification du droit privé, c'est le mérite essentiel qu'on ne saurait contester à leur œuvre ; il assure au Code civil une place glorieuse dans l'histoire générale du droit.

Mais il ne faut pas cependant identifier le Code civil de 1804 et le Code civil de la Convention, et, confondant le Code Napoléon avec la Révolution, en conclure qu'il a un caractère essentiellement démocratique. La conclusion serait tout d'abord un peu forcée, même si le rapprochement était exact: le Code de 1793 encourt, au point de vue démocratique, plusieurs des reproches qu'on adresse au Code de 1804: par exemple, il laisse sans réglementation le contrat de travail et le salaire de l'ouvrier; il prohibe aussi la recherche de la paternité naturelle. Mais, d'ailleurs, l'assimilation ne peut être vraiment faite; et, si le Code de 1793 ne nous paraît pas réaliser l'idéal d'un droit privé d'une démocratie, on peut dire que sur plusieurs points le Code de 1804 en est plus éloigné encore; il a été une loi de réaction, plus défavorable encore aux classes ouvrières.

Le Code de la Convention, au point de vue de l'organisation de la famille, des droits de la femme, de la mère, de l'enfant, était plus humain, plus protecteur des faibles; il se préoccupait davantage surtout des intérêts de l'enfant, de son droit à l'instruction ; il organisait la protection des enfants orphelins. Si l'on ajoute que sa loi successorale était évidemment dirigée dans un sens plus démocratique, qu'il ne connaissait ni la mort civile, ni la contrainte par corps, qu'il ne contenait pas de disposition analogue à celle de l'article 1781 C. civ., on pourra bien conclure que l'esprit du Code de la Convention était différent de celui du Code de 1804. Cette

(1) Jules SIMON, *La liberté civile*, 4e éd., 1872, p. 111. — Cpr. VIOLLET, *Histoire du droit français*, 2e éd., 1893, p. 236.
(2) VALETTE, *Mélanges*, t. I, p. 443.

opinion nous paraît bien incontestable : Portalis a montré avec insistance, dans son discours préliminaire, l'abandon de nombreuses dispositions du droit révolutionnaire ; il a, le premier, signalé le caractère modéré, conciliateur, transactionnel du nouveau Code. Il n'est pas besoin d'ailleurs de dire combien les idées de Cambacérès, en 1803, différaient de celles qu'il avait exposées comme rapporteur du Code de 1793. Et lorsque le Tribunat attaquait avec violence les premiers titres du Code civil, c'était en se plaçant au point de vue des idées révolutionnaires à l'égard desquelles on lui reprochait d'être une réaction. « Nous aurons un Code civil, disait M. J. Chénier, mais exempt des préjugés gothiques que la Révolution a renversés, mais fidèle aux principes que nos législateurs ont consacrés, mais digne de la Révolution française, digne de la raison nationale et des lumières contemporaines ».

En 1804, on ne songeait guère à faire une législation démocratique ; on ne se préoccupait pas du sort des masses ouvrières ; il s'agissait d'établir un régime qui conservât aux classes moyennes les conquêtes et les acquisitions qu'elles avaient faites pendant la Révolution, qui assurât aux petits propriétaires le maintien de ce que le régime de 1789 leur avait procuré. « Le Code civil exprima fidèlement les idées, satisfit convenablement les besoins, de la France moyenne, qui, après avoir dépouillé le clergé et la noblesse, après avoir failli être bouleversée elle-même dans la tourmente jacobine, prétendait s'assurer à jamais la possession de ses conquêtes et le maintien de l'ordre social qu'elle pensait avoir arrangé selon des principes équitables en même temps qu'à son avantage » (1). C'est bien là l'opinion qui tend à se fixer définitivement. Suivant l'expression de M. Saleilles, le Code civil « fut dans le domaine de la vie juridique l'expression parfaitement adaptée d'un état social qui bientôt ne sera plus, mais qui venait de triompher, celui de la prépondérance des classes moyennes et de l'individualisme bourgeois » (2). M. Edmond Picard emploie la même formule ; le Code civil est pour lui « le Code de l'individualisme bourgeois et capitaliste »; il l'appelle aussi « l'épopée bourgeoise du droit privé » (3). Ceux qui émettent ces idées ne sont pas évidemment pour cela des détracteurs du Code civil ; ils ne nient pas sa valeur, son importance historique, son influence sociale ; ils ne s'associent pas aux critiques injustes et violentes que nous avons vues dans les écrits d'Acollas, de Courcelle-Seneuil et de Renouvier. Ils ne font que restituer au Code civil sa physionomie et son caractère social qu'on a longtemps méconnus.

Même en s'en tenant aux principes de l'individualisme le plus intransi-

(1) André Lichtenberger, *Le socialisme et la Révolution française*, 1899, p. 149.
(2) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 120.
(3) Edmond Picard, *L'évolution historique du droit civil français*, 1898, p. 68.

geant, il nous paraît bien incontestable que le Code civil aurait pu être plus soucieux des intérêts des classes ouvrières. Bien évidemment le désaccord qu'on signale entre ses dispositions et les idées sociales actuelles ne peut, pour une grande part, être reproché aux rédacteurs du Code civil; il n'est pas leur œuvre; il résulte de faits et d'idées qui lui sont postérieurs. Cependant, en faisant abstraction de ces faits et de ces idées postérieurs au Code civil, ne peut-on pas penser qu'il s'est surtout préoccupé des intérêts des classes possédantes et est resté trop indifférent à l'égard de ceux des classes pauvres? Il protège surtout la propriété. C'est là son caractère dominant. Les droits déjà acquis, les fortunes constituées, tel est l'objet de sa principale sollicitude; les intérêts pécuniaires sont ceux qu'il s'est attaché à réglementer en détail. Mais la personne même dans son intégrité physique et morale, sa vie, sa santé, son activité, son développement moral et intellectuel, il s'en est beaucoup moins soucié. Dès le lendemain de sa promulgation, des juristes étrangers le lui ont reproché (1); et depuis un siècle, le défaut s'est manifesté, de plus en plus visible, et, sous l'influence des mœurs et d'une vie industrielle nouvelle, de plus en plus grave.

Dans l'organisation de la famille tout d'abord, si individualiste qu'on puisse être, comment nier, au point de vue démocratique, les lacunes du Code civil, les réformes qui, dès sa promulgation, pouvaient être considérées comme nécessaires? Qui donc pourrait soutenir aujourd'hui que la famille ouvrière trouve dans le Code civil une protection suffisante? Des textes nombreux sont destinés à sauvegarder la fortune des enfants mineurs; la réglementation y est minutieuse, peut-être excessive. Où a-t-on protégé les seuls biens des enfants pauvres, leur santé, leur intelligence, leur activité, qui sont leurs ressources et leur moyen de vivre? L'emploi de jeunes enfants, même d'enfants en bas âge, dans les usines et manufactures, qui s'est maintenu presque sans frein, sans contrôle, pendant une partie du siècle dernier, n'est-il pas considéré aujourd'hui d'une façon unanime comme ayant été un cruel et lamentable abus? Une législation qui a permis cette exploitation, qui aujourd'hui encore laisse l'enfant pauvre sans protection efficace au point de vue de son éducation et de son travail, est-elle démocratique? Et si on rappelle en outre les règles du droit actuel applicables à la femme ouvrière, ne peut-on dire que la famille ouvrière n'a pas, dans notre Code, son organisation et sa législation? Sans doute, encore une fois, ces défauts et ces lacunes du Code civil se sont trouvés singulièrement agrandis, dans leur portée et dans leurs conséquences, par les changements apportés à la vie industrielle : mais ils existaient déjà en partie en 1804. Comment expliquer aussi dans une légis-

(1) V. de Lassaulx, *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, 1811.



lation soucieuse des intérêts des classes pauvres, l'absence de règles en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels? Et d'une façon générale, tout l'ensemble des textes du Code civil à leur égard n'a-t-il pas été depuis longtemps jugé profondément injuste? Des lois ont dû intervenir pour en atténuer les effets. Enfin on a bien des fois mis en relief combien dans les contrats les droits et les intérêts que la loi protège avec le plus de soin sont ceux du patrimoine, par suite ceux des classes riches et des classes moyennes; les droits et les intérêts que la loi laisse ici sans réglementation, qu'elle abandonne à la liberté des contractants, sont surtout ceux qui intéressent les masses ouvrières (1). Le Code civil établit une protection vigilante pour la fortune acquise; il admet même la rescision de la vente d'immeubles s'il y a lésion; mais il n'a pas songé aux lésions nombreuses qui peuvent se produire dans les contrats intéressant le plus les classes pauvres, et spécialement dans le contrat de travail. A notre avis, on ne peut expliquer toutes ces lacunes du Code civil à cet égard qu'en reconnaissant que ses rédacteurs ont laissé de côté la famille ouvrière et les intérêts de la classe ouvrière; ils ont surtout voulu protéger la propriété et la richesse acquise. Vainement on a fait souvent observer qu'en 1804 l'ouvrier isolé, tel que la grande industrie l'a fait plus tard, n'existait guère (2). Sans doute, la lacune du Code civil s'est ici manifestée de plus en plus grande; comme le disait Rossi en 1837, le Code civil s'est trouvé de plus en plus en désaccord avec l'état social. Mais on ne peut nier cependant que le contrat de travail ne fût, en 1804 comme aujourd'hui, le plus fréquent de tous les contrats. On a dit encore que le Code civil contenant le droit privé général n'avait pas à réglementer les intérêts d'une profession (3). Mais il s'agit toujours des règles générales du droit dans leur application au contrat le plus usuel. Les rédacteurs du Code civil avaient bien admis une règle favorable aux maîtres et aux patrons dans l'art. 1781; ils ont bien aussi formulé dans l'art. 1780 la règle si importante d'après laquelle on ne peut engager ses services qu'à temps, ils auraient pu pousser plus loin la réglementation. Le Code civil n'a-t-il pas d'ailleurs réglementé le contrat de transport et le contrat d'entreprise, et n'a-t-il pas consacré trente et un articles au bail à cheptel? Le contrat de travail rentre certainement, non pas sans doute pour la réglementation détaillée, mais du moins pour certains principes essentiels, dans le domaine du droit privé; le législateur impérial ne s'est au surplus occupé d'en donner les règles ni dans le Code, ni dans une autre loi. C'est que le législateur était alors,

---

(1) Cpr. ANDLER, Préface à la traduction française de MENGER, *Droit au produit intégral du travail*, 1900, p. IV et X; Préface à la traduction française de MENGER, *l'Etat socialiste*, 1904, p. VII.

(2) DESJARDINS, *Revue des Deux-Mondes*, 1888, *Le Code civil et les ouvriers*.

(3) DESJARDINS, *loc. cit.*

comme il est resté ensuite pendant longtemps, plus favorable aux intérêts des propriétaires qu'à ceux des salariés ; il n'a pas tenu entre eux la balance égale (1). L'égalité juridique n'était pas respectée, la protection accordée aux uns manquait aux autres.

Tout cela est aujourd'hui généralement admis, même dans l'école individualiste et libérale : un de ses éminents représentants, M. Glasson, l'a affirmé à plusieurs reprises et ses formules ont souvent été citées : « L'ouvrier a été presque entièrement oublié par le Code civil... Le Code civil n'est que l'ensemble de la législation du capital ; il ne s'occupe pas de la législation du travail ; c'est un code bourgeois et non un code populaire... Notre Code est la loi d'une société bourgeoise et des familles qui possèdent un patrimoine plus considérable ; mais ce n'est pas le code du travail ni du travailleur » (2). C'est aussi un grand défenseur de l'économie politique libérale, M. Paul Leroy-Beaulieu, qui écrivait en 1881 : « La loi a été pendant les siècles passés et pendant plus de la moitié du siècle actuel ou manifestement défavorable à l'ouvrier, ou soupçonneuse et défiante vis-à-vis de lui » (3).

Cette appréciation s'applique dans une certaine mesure au Code civil, et c'est en cela qu'il est vrai de dire qu'il n'est pas la législation d'une démocratie : son adaptation à une société démocratique nécessite, même au point de vue purement individualiste, certaines réformes profondes en vue d'accorder aux classes ouvrières une protection juridique égale à celle dont les autres classes bénéficient. Si pendant longtemps on a présenté le Code civil comme une législation démocratique, c'est que, pendant longtemps, suivant l'observation très juste faite récemment par M. René Bazin dans son discours de réception à l'Académie française, la bourgeoisie a eu ce préjugé très fermement enraciné « que la société n'avait plus à faire que des progrès de détail, qu'on était parvenu socialement au jour du repos dominical et que les institutions appelées par la bourgeoisie, voulues par la bourgeoisie, soutenues par elle, étaient suffisamment démocratiques puisqu'on avait écarté la noblesse ». La bourgeoisie se consolait aisément de la condition misérable des classes pauvres en répétant qu'il n'y avait

(1) V. dans ce sens, Georges BLONDEL, *Bull. de la Soc. de Législ. comp.*, 1901, p. 88 ; JAY, *id.*, p. 221 et s. ; PIC, *Législation industrielle*, 2e éd., nos 143 et s. ; Paul BONCOUR, *Rapports de l'individu et des groupements professionnels*, 1900, p. 70 et s.

(2) GLASSON, *Bull. des travaux de l'Acad. des Sciences mor. et polit.*, t. 25, p. 843, et t. 153, p. 493 ; *le Code civil et la question ouvrière*, p. 6 ; *Rapport pour le concours sur le prix du budget*, publié comme préface de l'ouvrage de M. MORIZOT-THIBAUT sur l'*Autorité maritale*, p. XV. — Ce sont les mêmes idées qu'exprime M Edmond PICARD en termes plus tranchants : « C'est le Code du capital et non celui du travail ; c'est l'organisation du patrimoine capitaliste et la prépondérance sociale, matérielle et morale donnée au riche » (*op. cit.*, p. 92).

(3) Paul LEROY-BEAULIEU, *Essai sur la répartition des richesses*, 1881, p. 389.



plus de privilégiés, que la liberté et l'égalité régnaient, que le champ de la concurrence était ouvert à tous, et que chacun y avait un droit égal d'agir, de travailler et de s'enrichir (1). Il faut aujourd'hui combler la lacune si grave que tous s'accordent à reconnaître ; le moins qu'on puisse demander est que toutes les personnes soient également protégées, que toutes profitent également des avantages d'une législation écrite, que la même importance soit accordée dans le Code civil aux institutions juridiques des différentes classes de la société (2).

IV

Si le Code civil, même apprécié au point de vue des seuls principes du pur individualisme, n'est pas une législation absolument égalitaire, à plus forte raison ne peut-il être considéré comme ayant un caractère démocratique par tous ceux, si nombreux aujourd'hui, qui reconnaissent à l'Etat, et par suite à la législation, un rôle d'intervention et de protection en faveur de toutes les personnes que leur état de faiblesse empêche d'exercer les droits à elles reconnus : il s'agit de mieux protéger les droits de la femme et ceux de l'enfant ; il s'agit aussi de prévoir les nombreux contrats dans lesquels une des parties n'est pas en état de débattre librement les conditions qui lui sont faites et est contrainte, si elle est livrée à ses seules forces, de subir ces conditions, si injustes qu'elles puissent être. Ce ne sont pas seulement les socialistes de toutes nuances qui soutiennent la légitimité de cette intervention. Une école individualiste nouvelle, moins intransigeante et plus soucieuse de justice et de moralité, l'admet également. Le but essentiel du droit étant le respect de la personne, sa liberté, son développement, la législation doit précisément être établie en vue de garantir à chacun une égale liberté et une égale possibilité d'exercer ses droits : l'Etat doit intervenir dès que l'expérience a signalé, à cet égard, des lacunes dans la législation, ou des abus que la jurisprudence ne suffit pas à empêcher. Or, l'expérience n'a-t-elle pas démontré les abus de la libre concurrence de forces inégales? (3)

(1) Cpr. Schmoller, *Politique sociale et économie politique traditionnelle*, trad. franç. 1902, p. 129.

(2) Edm. Picard, *op. cit.*, p. 91.

(3) « La liberté et l'égalité, ces deux grandes forces de rédemption sociale que nos pères mirent sur les autels, portaient avec elles le danger de leur dégénérescence. La libre concurrence, qui est la liberté appliquée à la lutte économique, en excitant toutes les énergies, aurait dû produire, selon la doctrine des harmonies économiques, une richesse suffisante pour rendre heureuse toute la collectivité. Mais l'effet de la libre concurrence fut tout opposé. Son idéal était le bien-être pour tous; son résultat fut la suppression de toute garantie pour les faibles » (Vivante, *La pénétration du socialisme dans le droit privé*, Discours prononcé en 1902 à la séance de rentrée de l'Université de



N'est-il pas certain que la liberté réelle nécessite souvent des règles établies, un ordre imposé ? (1) D'un autre côté, les droits privés ne peuvent être envisagés sans qu'on tienne compte des conséquences sociales de leur exercice. Et enfin, il est bien permis de penser que le droit privé n'a pas pour objet unique la propriété, la fortune acquise et les modes de s'enrichir : il doit se préoccuper des autres droits et des autres biens de la personne : il doit poursuivre des fins morales. Tout cela constitue ce qu'on appelle la socialisation du droit. C'est un droit nouveau qui apparaît, dont une partie déjà s'est réalisée, droit à tendances démocratiques, droit protecteur des classes pauvres et se préoccupant d'aider à l'amélioration de leur condition physique et morale. On ne se fie plus à l'harmonie nécessaire des intérêts ; le terrain du droit privé s'étend ; la liberté de quelques-uns est restreinte pour accroître la liberté du plus grand nombre : la morale pénètre davantage dans le droit. Plusieurs philosophes éminents de notre époque ont demandé ce développement du droit privé. « On ne peut guère, écrivait Guyau, maintenir le droit qu'à condition de lui donner une extension nouvelle et de le confondre presque avec le principe de la fraternité... C'est aux lois sociales d'empêcher les résultats mauvais de l'accumulation du travail, excès d'oisiveté pour soi, et excès de pouvoir sur autrui, comme on veille à isoler les piles trop puissantes » (2). Renouvier, qui a si profondément établi les règles de cet individualisme nouveau, large et démocratique, a insisté à plusieurs reprises sur cette idée qu'il ne devait pas y avoir une séparation aussi tranchée entre la loi et la morale. « Une forte idée de la justice ferait évanouir les impossibilités dont la routine aime à s'entourer. Si la justice semble insuffisante, c'est qu'on ne voit pas jusqu'où va le droit strict, tout ce qu'il exige des heureux, des puissants, en faveur des faibles et des pauvres au seul titre de la justice » (3). M. Henry Michel a repris et développé la doctrine de Renouvier ; il a montré, dans son beau livre sur l'*Idée de l'Etat*, les « terres libres » qui existent « autour du domaine dès longtemps enclos et circonscrit de la justice traditionnelle » (4). C'est ce qu'a encore récemment exposé et soutenu M. Bourgeois dans ses conférences sur la solidarité. « L'idée de justice est beaucoup plus étendue, beaucoup plus complexe qu'on ne l'a cru jusqu'ici. Il y a plus d'obligations qu'on ne croyait, des

---

Rome, traduction française publiée dans *Questions pratiques de législ. ouvrière et d'écon. sociale*, 1903, p. 33 et s., 65 et s.).

(1) « A côté de la liberté rendue aux uns, il faut voir la dépendance créée pour les autres... Il est de la civilisation de procéder par l'entrave aussi bien que par l'affranchissement... En un mot, le progrès est plutôt la loi meilleure que la loi absente ». Dupont-White, *op. cit.*, p. 241 et 242.

(2) Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, p. 72 et 100.

(3) Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire*, p. 625.

(4) Henry Michel, *l'Idée de l'Etat*, p. 643.

dettes qu'on ne se connaissait pas et qu'il faut payer » (1). Il ne paraît d'ailleurs guère nécessaire, et il n'est guère exact de faire intervenir ici l'idée juridique, obscure et confuse, du quasi-contrat; c'est bien à tort, à notre avis, qu'on a considéré cette idée comme devant renouveler le droit et devant être une « vivante matrice de réformes sociales et démocratiques » (2). Peut-être même l'idée de solidarité, si complexe et si fuyante, et qui, au point de vue même où on s'est placé, n'a rien de bien nouveau, ne donne-t-elle pas les résultats qu'on en attend. Il suffit de l'idée de justice. Que le droit positif s'en imprègne davantage, et bien des règles actuelles disparaîtront, alors que d'autres naîtront, étendant la protection juridique à tout un domaine nouveau, jusqu'ici délaissé et méconnu. Parfois, d'ailleurs, à l'idée de justice, doivent s'ajouter des sentiments d'humanité et de pitié; M. Boutroux a fait très justement observer, tout récemment, à l'Académie des Sciences morales et politiques, dans la discussion sur la portée et l'exactitude des doctrines nouvelles du quasi-contrat et de la solidarité, qu'il n'était pas philosophique de vouloir que les lois se fondent exclusivement sur des idées et ne relèvent jamais de sentiments; « tout au contraire, a-t-il ajouté, certaines lois visiblement fondées sur des sentiments, sont unanimement appréciées et admirées ».

Sans doute cette socialisation du droit, cette réglementation plus vigilante, cette protection juridique contre les abus et les injustices, c'est plus encore en dehors du Code civil que dans ses dispositions mêmes qu'elle est susceptible d'exercer son influence. Mais on ne saurait nier que dans une réforme du Code civil dirigée dans un sens démocratique, bien des textes devraient être remaniés et bien des lacunes devraient être comblées (3). On a écrit récemment que les réformes réalisées déjà en matière de propriété, de législation ouvrière, de puissance paternelle, de capacité de la femme mariée, etc., avaient établi tout un droit nouveau, si bien qu'il ne resterait « plus rien d'essentiel de l'œuvre consulaire » et que seule la façade du Code civil subsisterait, apparence vaine et trompeuse, dissimulant la ruine de l'édifice dont on avait affirmé jadis la durée éternelle (4). Il y a là, à notre avis, une erreur. Les réformes déjà réalisées sont assez peu de chose et l'œuvre du Code civil subsiste presque entière; les principes du Code civil sur la propriété, la famille, les successions, les con-

(1) Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 60.

(2) Andler, *Revue de métaphysique et de morale*, 1897, p. 529.

(3) Charmont, *La socialisation du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903. — V. aussi Vivante, *op. cit.*; Stein, *La question sociale au point de vue philosophique*, trad. fr., 1903.

(4) M. Leroy, *Le Code civil et le droit nouveau*, 1904, p. 9; et *Revue de Paris*, 25 et 31 octobre 1903.

trats, sont toujours debout; il s'agit de les modifier, ou plutôt de les adapter à l'état social actuel. Il ne s'agit pas de démolir l'édifice, mais de l'améliorer, de l'étendre, de l'affermir et de le consolider, pour qu'il puisse abriter plus de droits et donner plus de justice (1).

Une grande tâche s'offre à ceux des juristes français qui ont à cœur l'établissement, le progrès et le développement en France d'une société vraiment démocratique, à ceux qui constatent les iniquités, encore si nombreuses, de notre état social actuel, et souhaitent de voir introduire dans la législation plus de véritable égalité, de morale et de justice. C'est à eux de préparer par leurs études et leurs travaux le Code civil de la démocratie française. Le Code de 1804 a été une grande œuvre législative, son influence politique et sociale a été immense. Mais un siècle a passé. Notre démocratie réclame une législation plus large, plus protectrice de tous les droits, plus soucieuse surtout des droits de ceux qui n'ont d'autre bien que leur travail. Il faut se hâter de réunir les matériaux de l'œuvre nouvelle (2).

---

(1) DUPONT-WHITE (*op. cit.*, p. 236) a écrit très justement : « Le progrès fait pour la propriété ce qu'il fait pour le droit : *il la répand*, *il la limite*, *il l'assure* ».
(2) V. SALEILLES, *op. cit.*, p. 122 et suiv.

ALBERT TISSIER.

R. SALEILLES
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Le Code civil
et la Méthode historique

LE CODE CIVIL ET LA MÉTHODE HISTORIQUE

Dix ans après la promulgation du Code civil, un véritable cri de guerre s'élevait contre l'œuvre monumentale que la France venait de produire. Embrassant, en quelque sorte, dans un même sentiment de défiance toutes les législations codifiées, le fondateur de l'école historique, Savigny, avait pris pour type ce que l'on appelait alors le Code Napoléon ; et il pensait, en prononçant contre lui, au nom de la science elle-même, un arrêt qu'il pouvait croire définitif, avoir condamné avec lui le principe même de la codification (1).

Quelques années s'étaient à peine écoulées que les Etats d'Allemagne qui n'avaient pas encore de lois d'ensemble, sous forme de lois écrites, se mettaient à l'œuvre, en vue de codifier leur droit privé. Ceux qui avaient un Code national en préparaient la revision. Le mouvement, sans doute, fut lent à aboutir; et la faute en fut, en grande partie, il faut le reconnaître, aux résistances des disciples de Savigny. Mais, comme on l'a fort bien dit, des objections scientifiques n'ont jamais prévalu contre des nécessités de pratique, et surtout des nécessités politiques ; et c'est la pratique, c'est le besoin de l'unité politique, qui exigent des codes (2). Aussi, voyons-nous la Saxe, en 1863, promulguer son Code civil, et, à partir de ce moment, l'œuvre de codification se généralise, elle s'étend en largeur ; de purement locale et nationale, elle devient fédérale. Les projets de codification gagnent la Confédération elle-même : projet d'un Code unique des obligations, Code de commerce, loi sur le change. C'est l'Allemagne, dans son unité, qui procède peu à peu à la codification de son droit privé.

Avec la fondation de l'Empire allemand, l'unité juridique devient une nécessité politique. Tous les partis sont d'accord pour réclamer un Code civil d'Empire. En 1896, le Code est voté ; depuis 1900, il est appliqué. Le Code civil allemand de 1896 est la revanche du Code civil français contre les arrêts portés contre lui par les fondateurs de l'école historique.

Sans le Code civil français, sans le mouvement émané de lui en 1814,

(1) Voir sur ce point, dans la brochure célèbre de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, le § 7, consacré plus particulièrement au Code civil français (Edit. 1892, p. 32-49).

(2) Voir à ce sujet un très intéressant article du *Globe* du 18 août 1827 (*Allemagne, — Science du droit*).

mouvement qui inspira les revendications de Thibaut (1) et qui se propagea de proche en proche dans tous les Etats de l'Allemagne, le Code civil allemand n'aurait pas pu se faire.

Avec lui et par lui, c'est encore le Code civil français qui gagnait une nouvelle victoire, victoire pacifique et purement sociale, victoire qui ne laisse que des vainqueurs et qui ne fait pas d'adversaires ! Et cependant, n'y aurait-il pas, sur ce champ de bataille nouveau, un vaincu de marque ? Et ce vaincu serait l'école historique elle-même, et avec elle tout le mouvement scientifique qui en était issu. S'il en était ainsi, la perte serait irréparable. Mais il faudrait reconnaître alors que la perte ne serait pas spéciale à l'Allemagne, elle ne daterait pas seulement du Code civil allemand ; elle aurait eu un autre champ de bataille, où les mêmes déchets scientifiques auraient dû se faire sentir, c'est la France.

Depuis 1804, la France vivait sous le couvert d'une législation codifiée. Si les prédictions de Savigny étaient exactes, on devait constater, sur le terrain du droit français, par le fait du Code civil et comme conséquence du Code civil, une régression du progrès scientifique considérable, non seulement une déchéance doctrinale, mais une immobilisation dans la voie du développement social.

Le Code civil français et le droit issu du Code civil s'étaient-ils montrés réfractaires à l'application de la méthode historique ? Telle est la question que l'on avait omis de poser. Il faut pourtant qu'elle soit posée. Il y va de l'avenir de la science du droit dans son ensemble.

Et, lorsqu'un illustre professeur allemand, M. le professeur Sohm, écrivait, au début de la préparation du Code civil allemand, que l'Allemagne pouvait désormais se donner un Code civil sans avoir à craindre les dangers de la codification (2), avait-il bien réfléchi à ce fait, cependant essentiel, que, si les postulats de l'école de Savigny étaient exacts, les dangers de la codification devaient être inhérents à la codification elle-même et qu'ils ne pouvaient disparaître d'aucune codification, mais que, pour le savoir, c'est à la France qu'il fallait le demander.

C'est cette question, puisqu'on a oublié de la poser, et cette enquête, puisque l'on a omis de la faire, qu'il convient d'aborder aujourd'hui, après un siècle de vie juridique.

Cette expérience séculaire, faite sur le Code civil français, dans son pays d'origine, a-t-elle donné raison à Savigny et à son école ? A-t-elle démontré l'incompatibilité du droit codifié avec l'application de la méthode histo-

---

(1) Sur toute l'histoire de cette époque et le mouvement d'idées qui se produisit sur le terrain juridique, voir le beau livre de M. le président Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale* (Paris, Alcan, 1900, p. 10 et suiv.).

(2) R. Sohm, *Die deutsche Rechtsentwickelung und die Codificationsfrage*, dans *Zeitschrift für das Privat = und Œffentliche Recht der Gegenwart*, t. Ier, p. 279.



rique ? C'est ce problème qu'il s'agirait, non pas de résoudre dans les quelques pages si brèves qui vont suivre, mais d'exposer à grands traits, dans ses lignes générales.

***

Si l'on veut se rendre un compte exact de la question, il importe de distinguer nettement l'école historique de la méthode historique. L'école de Savigny, prise sous sa forme initiale, reposait sur quelques postulats qui, sous prétexte d'évolution, ne devaient aboutir qu'à l'immobilisation. La méthode historique est la méthode scientifique par excellence. Dégagée de tout élément subjectif, elle s'en tient aux faits et aux réalités, elle les classe et en déduit les lois générales qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie.

A prendre l'école historique dans sa conception primitive, l'idéal eût été de laisser le droit évoluer par voie de déformation lente, sans lui fournir aucun organe de transformation. Elle niait, bien entendu, qu'un code pût être un élément de progrès, par le mouvement d'idées qu'il évoque, par l'éveil qu'il produit. Mais, on n'offrait même pas à la coutume, seule en possession du terrain, aucun mode de manifestation organique. Et alors comment donner une expression positive à toutes ces aspirations vagues et imprécises, issues des masses populaires, et laissées en état de perpétuel flottement, tant qu'elles ne trouvent aucun moyen de s'incarner en une formule qui s'impose ? On s'en remettait, il est vrai, à la science et à la doctrine. Mais la doctrine vivait de conceptions abstraites. Bien plus, là où elle pouvait avoir à chercher ses modèles chez les chefs d'école eux-mêmes, ce qu'on lui offrait, c'était de revenir au droit romain initial, dégagé des scories de l'évolution historique, c'était la critique des textes, c'était la condamnation de cet *usus modernus* des Pandectes, dont s'accommodait le temps présent, pour remonter aux sources pures du passé. Le peuple rêvait de progrès sociaux, et on lui proposait de faire de la philologie ! (1)

Le droit ne vit pas de ces abstractions ; il vit d'une adaptation constante aux besoins qui se font jour. Il ne remplit son rôle que s'il trouve un organe toujours prêt à réaliser cette adaptation de l'abstrait au concret. Cet organe, l'école historique n'avait pas su le découvrir, ou plutôt elle s'en était désintéressée. Et l'un des premiers reproches qu'on fut en droit de lui faire, le jour où l'on s'avisa qu'elle avait manqué à toutes ses promesses, ce fut précisément d'avoir créé entre la science et la pratique un abîme infranchissable (2).

(1) Cf. R. Stammler, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, dans *Festgabe zu Windscheid* (Halle 1888), p. 56 et suiv.

(2) Voir sous ce rapport la préface si importante de Seitz, dans son livre sur l'histoire





Si, d'après l'école historique elle-même, le droit naît de l'histoire, encore faut-il lui fournir les organes nécessaires pour se dégager de l'état diffus qui est celui de la coutume, et pour se cristalliser en formule positive. Cet organe ne peut être que la jurisprudence.

Et alors il s'agit de savoir si la jurisprudence sera mieux à même de remplir sa fonction en face d'une coutume inerte qui ne lui laisse qu'un rôle de constatation muette, au lieu d'un texte générateur d'idées et de doctrines vivantes, prêtes à évoluer dans le sens d'un développement progressif.

Si nous cherchons à apprécier à ce point de vue le Code civil français, nous devrons reconnaître, avant tout, le rôle considérable qu'il laisse au juge, rôle que, pendant longtemps, on a beaucoup trop méconnu. A l'étranger, on ne s'y est pas trompé.

Voyons d'abord ce que pensaient à cet égard les auteurs mêmes du Code civil, ceux qui avaient qualité pour en définir l'esprit.

Tout le monde connaît ce passage célèbre du *Discours préliminaire* : « Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

Et plus loin : « Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières fussent réglées par des lois.

Mais, à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi » (1).

Ne croirait-on pas entendre certains commentateurs modernes du droit civil, déclarant que, là où la loi est muette, il faut recourir à la coutume,

de la Possession en droit romain : *Grundlagen einer Geschichte der römischen Possession* (Erlangen, 1884), principalement p. v et suiv.

(1) Projet de Code civil *présenté par la Commission nommée par le Gouvernement* (Édition officielle). — *Discours préliminaire*, p. x, xi.

à la doctrine et au droit de création jurisprudentielle? (1) On les a traités de révolutionnaires; ils ne faisaient que reprendre une opinion qui était celle de Cambacérès et de Portalis.

D'ailleurs, le projet de Code civil contenait, comme on sait, quelques articles préliminaires destinés à formuler certaines règles générales; et, parmi celles-ci, se trouvait une disposition caractéristique, qui a disparu avec toute cette petite introduction, jugée inutile, mais qui n'en décèle pas moins la pensée de ses rédacteurs. C'était l'article suivant, ainsi conçu : « *Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive* » (2).

Les tribunaux d'appel, à qui le projet fut soumis, ne s'y sont pas mépris, surtout ceux des anciens pays de droit écrit, qui gardaient, vis-à-vis du projet, une attitude quelque peu défiante, à raison de la prédominance accordée au droit coutumier.

C'est ainsi que le tribunal d'appel de Montpellier élevait, à cet égard, une vive protestation, que Savigny, dans son célèbre manifeste, avait reproduite avec satisfaction, comme un avertissement resté sans écho : « Ainsi, régler les rapports, combler les lacunes, régulariser les effets compliqués des anciennes et nouvelles lois; suppléer à leur silence, pénétrer leur obscurité, telle est la tâche immense qu'impose le perfectionnement du grand ouvrage de la législation nouvelle.

C'est cette tâche que les rédacteurs du projet semblent renvoyer à l'arbitrage des juges pour la remplir, à mesure qu'ils feront l'application des lois aux cas particuliers; et telle serait la jurisprudence qu'on entend placer à côté du sanctuaire des lois!

Mais qui ne sent pas d'avance les inconvénients et l'imperfection nécessaire de cette jurisprudence elle-même? Quelle immensité d'objets n'aurait-elle pas à régler et à coordonner au système de législation nouvelle, à quelle unité, à quel concert faudrait-il s'attendre de la part d'une pareille jurisprudence, ouvrage de tant de juges et de tant de tribunaux, dont l'opinion ébranlée par les secousses révolutionnaires, serait encore si diversement modifiée? Quel serait enfin le régulateur de cette jurisprudence disparate, qui devrait nécessairement se composer de jugements non sujets à cassation, puisqu'ils ne reposeraient pas sur la base fixe des lois, mais sur des principes indéterminés d'équité, sur des usages vagues, sur des idées logiciennes, et, pour tout dire, en un mot, sur l'arbitraire! » (3).

(1) C'est la thèse si magistralement soutenue par M. F. Gény, dans son livre : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1899).

(2) Projet de Code civil, *Livre préliminaire*, titre V, art. XI.

(3) *Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil* (Paris, impri-

Il ne faudrait pas croire, sur la foi de Savigny, que le tribunal d'appel de Montpellier ait été le seul à protester. Celui de Rouen s'exprimait dans des termes encore plus énergiques : « Ce discours (le discours préliminaire) nous paraît donner trop de latitude au juge. Il n'est pas besoin d'appeler, de provoquer, pour ainsi dire, les interprétations, les commentaires, les jurisprudences locales. Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l'affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne reparaîtront que trop tôt. Malheur au temps, où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu'on lui fait dire! Où l'opinion d'un homme, que le temps seul aura accréditée, balancera l'autorité de la loi! Où une erreur hasardée par l'un, et successivement adoptée par les autres, deviendra la vérité! Où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs, aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge et étouffera la voix du législateur! » (1).

On a fait disparaître le *Livre préliminaire*, et l'on a bien fait. Il formulait en dispositions de loi positives une doctrine philosophique et sociale, susceptible de varier et de se modifier, celle de l'ancienne Ecole du droit naturel, fondée sur l'idée d'un droit individuel, antérieur ou supérieur, si l'on veut, à l'idée de société. C'est, à coup sûr, cette doctrine qui a inspiré les textes mêmes du Code civil. Mais il est de règle qu'un texte de loi n'a de valeur légale que dans sa disposition positive, et non dans les motifs ou les doctrines qu'elle recouvre. Nous sommes en droit aujourd'hui d'adapter les solutions législatives à des conceptions sociales différentes; félicitons-nous de ne pas être liés par une petite charte philosophique, érigée en texte de loi.

Mais, si le *Livre préliminaire* a disparu, les textes de la loi elle-même n'ont guère changé. Et comment ne pas s'apercevoir des larges pouvoirs laissés au juge, devant les formules si vagues et si imprécises qui règlent, par exemple, toute la matière des droits de famille, des rapports personnels entre époux, ou ceux qui existent entre parents et enfants; devant un texte comme celui de l'art. 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre »; ou celui de l'art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui

---

merie de la République, messidor an IX) 1re partie, p. 124-125. La citation faite par SAVIGNY dans sa brochure : *Vom Beruf...* (Ed. 1892) p. 48, et en appendice, p. 126 et suiv., était empruntée au recueil de CRUSSAIRE, lequel résume parfois, et rapporte souvent sous une forme un peu différente, le texte des observations des tribunaux d'appel. C'est ainsi que l'un des passages les plus importants de la citation est rapporté ainsi : « *Mais quelle jurisprudence! N'ayant d'autre règle que l'arbitraire sur l'immensité d'objets à coordonner au système de législation nouvelle...* » Le fond est le même ; la différence de forme n'en est pas moins significative (Cf. CRUSSAIRE, *Observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de Code civil* (Paris, an X, p. 8).

(1) *Observations...*, 2e partie, p. 75 (Reproduit avec quelques modifications dans CRUSSAIRE, *loc. cit.*, p. 10).



cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ?

Que l'on compare ces différents textes avec les matières similaires du nouveau Code civil allemand, et l'on verra combien ce dernier diffère du nôtre par la réglementation minutieuse des mêmes institutions, la multiplicité des détails, le formalisme des conditions d'application. Pour retrouver l'analogue de certaines formules du Code civil français, il faut en arriver à l'avant-projet de Code civil suisse, cette œuvre admirable de M. le professeur Huber (1), faite pour un pays à forme fédérale, sans doute, mais pour un pays de vraie démocratie, dans lequel il fallait, avant tout, créer un organe toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès; et ce ne peut être que le pouvoir judiciaire, évoluant dans le cadre d'une législation souple et flexible, se prêtant à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique, qui acceptera bien de la prendre pour guide, et non d'en faire un lien qui l'enchaîne.

Ceux qui, depuis un siècle, nous observent du dehors ont eu la claire vue de cet état de choses. Et c'est ce que disaient encore, résumant sur ce point l'opinion de leurs compatriotes, M. le professeur Otto Mayer et M. le conseiller d'Empire E. Müller, dans les beaux articles qu'ils ont publiés à propos du Centenaire du Code civil. Ils insistaient surtout sur l'importance prise en France par la jurisprudence; et tous deux en attribuaient l'honneur à la technique même du Code civil. De parti pris, les auteurs du projet avaient voulu écarter tout pédantisme de terminologie scientifique, inintelligible au vulgaire, encore moins ont-ils voulu descendre dans une réglementation formaliste et minutieuse de tous les détails d'application. Ce sont là des qualités précieuses pour une œuvre législative. Mais elles impliquent un organe qui soit appelé à faire ce que la loi n'a pas fait; et l'on sait déjà que ce ne peut être que le pouvoir judiciaire, destiné à faire sortir les précisions scientifiques des formules empruntées à la langue courante et à procurer jusque dans les détails de chaque espèce l'application minutieuse de la loi (2).

Et, lorsqu'il fut question, pour l'Italie restaurée et unifiée, de se donner un Code civil sur le modèle du Code civil français, le rapporteur de la commission du Sénat, faisant allusion aux luttes d'Ecole qui avaient eu

---

(1) Le texte du Projet définitif vient de paraître avec le message adressé à l'Assemblée fédérale, sous le titre suivant : *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, concernant le Projet de Code civil suisse* (du 28 mai 1904).

(2) Voir Otto Mayer, *Zum hundertsten Geburtstage des Code civil*, dans *Frankfurter Zeitung* du 20 mars 1904; et E. Müller, *Die Hundertjahrfeier des Code civil*, dans *Deutsche Juristen Zeitung* du 15 mai 1904, p. 466 et suiv. (Résumé de ces deux articles dans *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1904, p. 401 et suiv.).



lieu en Allemagne, entre l'Ecole historique et l'Ecole philosophique, concluait en observant que, partout, le bon sens des peuples et les exigences pratiques avaient fait justice des préventions des disciples de Savigny, parce que nulle part un Code, suffisamment souple et élastique, n'avait arrêté le progrès du droit, que, souvent même, il pouvait devenir le point de départ de toute une évolution scientifique nouvelle; il est vrai que cela impliquait une doctrine toujours en quête de progrès et une magistrature prête à la suivre. Et le rapporteur devant le Sénat italien citait à l'appui l'exemple du Code civil français, tel qu'il fut interprété par une jurisprudence qui fut la plus importante des temps modernes (1).

Il faut donc le constater sans détour. En dépit de nos principes de droit public, si défiants, au sortir même de la Révolution, à l'égard du pouvoir judiciaire, et malgré le dogme alors incontesté de la séparation des pouvoirs, dirigé presque exclusivement contre les empiètements possibles des tribunaux, le Code civil français a été rédigé et formulé de telle sorte qu'il ne pouvait fonctionner qu'à l'aide d'une jurisprudence souple et hardie, susceptible de combler les lacunes du texte et d'en adapter les dispositions à toutes les nécessités successives qui pourraient se faire jour.

A côté de la charte qui réglait de haut toute la constitution du droit privé des Français, on créait l'organe qui devait faire, de cette lettre morte, quelque chose de vivant; et, cet organe, c'était le corps des tribunaux français.

Nulle corporation n'était mieux préparée au rôle dont elle allait être investie. De toutes les institutions de l'ancien régime, aucune n'avait reçu une constitution plus forte et n'avait su donner à ceux qui étaient appelés à la faire fonctionner, une éducation plus technique et plus solide que nos anciens Parlements. C'étaient eux, d'ailleurs, ces grands légistes de l'ancienne France, qui avaient préparé les réformes civiles et politiques, eux qui avaient soutenu la Révolution à son aurore, lorsqu'on crut, dans une période d'illusion qui dura plus longtemps qu'on ne l'imagine, à la réconciliation définitive de toutes les classes sociales sous l'égide de la liberté restaurée et du droit de la nature définitivement établi. Ces légistes, un moment dispersés et réduits au silence, au milieu des troubles et des attentats de la période qui suivit, venaient de se retrouver prêts à travailler dans l'ordre et la paix, pour refaire une France nouvelle sur le terrain du droit et dans le domaine de la vie juridique.

Ils apportaient au siècle nouveau leurs habitudes d'interprétation coutu-

---

(1) *Relazione della Commissione del Senato sul projetto del Codice civile del Regno d'Italia*, n° 1, dans *Collezione tascabile dei Codici italiani*. — *Codice civile*, t. Ier, p. 155-156.



mière, très large et très souple, voisine de cet arbitraire dont on les avait tant accusés sous l'ancien régime, mais prêts à discipliner leur indépendance sous l'empire du texte clair, intelligible et précis, confié à leur loyauté et à leur conscience de la légalité et de la justice.

A côté d'eux, se trouvaient, divisés et répartis dans leurs fonctions diverses, tous ces auxiliaires de l'action judiciaire, praticiens de toutes sortes, qui réalisaient, dans le domaine de l'application juridique, la loi de la division du travail, de façon à coopérer, chacun dans sa sphère, au perfectionnement de la technique et de la pratique du droit.

C'est un point de vue qui a été, chez nous, beaucoup trop négligé. On n'a pas étudié d'assez près les services considérables que rendent à l'affinement du droit tous ces hommes d'affaires, qui sont les auxiliaires forcés des parties dans la rédaction de leurs actes privés et la mise en œuvre de leurs transactions juridiques.

Tous les vieux formulaires de la pratique notariale allaient se retrouver intacts, prêts à s'adapter au droit nouveau. La pratique des contrats de mariage ne s'était guère modifiée depuis un siècle. Ce sont les formules coutumières de l'ancien régime qui allaient se répéter, s'affiner et se développer sous le régime nouveau; d'autres allaient être inventées et mises en circulation sous l'influence des changements économiques survenus dans l'assiette des patrimoines. Elles devaient s'inspirer encore des modèles d'autrefois.

Et rien de plus curieux, d'ailleurs, que de suivre dans la pratique notariale cette lutte, si l'on peut ainsi dire, des intérêts privés et de la volonté privée, contre les mailles plus ou moins serrées de la loi. A l'encontre de certains textes rigoureux et précis, les parties veulent reprendre leur indépendance, rendre la loi plus flexible et l'adapter, sans précisément la violer, à des situations légèrement modifiées. Livrées à elles-mêmes, elles sont incapables de trouver la combinaison qui les placera à côté des interdictions légales, sans avoir à les subir. L'homme de loi, rompu aux finesses de la procédure, saura découvrir le joint, si l'on peut ainsi dire, et faire plier la loi aux exigences de la pratique.

Le voilà bien, l'organe de la coutume rêvé par Savigny! La voilà, en quelque sorte prise sur le vif, la génération spontanée du droit, née des besoins populaires et des nécessités économiques! Elle monte peu à peu à la surface de la vie diffuse des masses inorganisées, pour se cristalliser en formules qui se généralisent et en institutions qui puissent fonctionner. Livrées à elles-mêmes, ces volontés seraient impuissantes; mis au point de la procédure par la science riche et féconde de l'homme de loi, tous ces besoins de la vie économique et sociale trouvent peu à peu leur adaptation sûre et précise; ils suscitent l'instrument dont ils ont besoin pour se réaliser; et cet instrument sera, en général, une formule juridique. Cette



formule, née dans l'office du notaire, force la porte des tribunaux; contestée d'abord, attaquée et successivement revisée, elle se fait reconnaître enfin au plus haut degré de la juridiction. C'est un droit nouveau qui se forme. Issu des besoins de la vie et de la liberté, mis en œuvre par les praticiens, consacré par la jurisprudence, il a parcouru les trois stades de la formation juridique. Que d'exemples on en pourrait citer, en matière de régime dotal surtout (1), et plus encore à propos de testaments, de substitutions et de fondations! (2) Il suffit de rappeler telle ou telle jurisprudence sur certaines questions bien connues de la théorie de la dot mobilière (3), sur les legs conditionnels (4), sur l'attribution de capacité partielle à certaines associations (5). Nous ne voyons que le résultat; nous n'avons pas assisté aux efforts de la pratique pour trouver la combinaison finale, pour susciter le raisonnement qui devait apporter la conviction et triompher de l'interprétation logique du texte.

Et, lorsqu'on songe aux floraisons nouvelles qui s'épanouissent ainsi dans le domaine de la vie juridique, il ne serait que juste de rendre hommage aux efforts de tous ceux qui ont coopéré à cette manifestation de l'initiative progressive et féconde, dans le vaste champ du développement du droit.

Si l'on veut apprécier l'œuvre du Code civil, ce n'est pas à son texte seulement qu'il faut regarder; c'est la machine tout entière, telle qu'elle a été organisée par la main puissante du premier Consul, qu'il faut analyser de près et voir fonctionner. A côté d'un texte aux mailles très lâches, aux formules très souples, et, quoi qu'on en ait dit, aussi peu précises et aussi peu scientifiques que possible, s'étagent une série d'organes prêts au fonctionnement de la vie juridique; notaires et hommes d'affaires qui formulent en actes juridiques les volontés imprécises des parties; avoués qui, au début de l'action judiciaire, dégagent le point de droit à soumettre au juge; barreau, solide et savant, fort de ses traditions, fier de son élo-

(1) Cf. sur la clause de remploi, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du contrat de mariage* (collection *Baudry-Lacantinerie*), t. III, n°s 1835 et suiv.; et sur la théorie de la *Dot renfermée, eod. loc.* n°s 1851 et suiv. Cf. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. IV, n° 2088 et n° 1742, 1.

(2) Cf. sur ce dernier point les conclusions de M. le procureur général BAUDOUIN, en tête de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1902 (*Dalloz* 1902, I, 426 et suiv.), et Henri LÉVY-ULLMANN et Paul GRUNEBAUM-BALLIN, *Essai sur les fondations par testament*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, ann. 1904, p. 253 et suiv.

(3) Cf. sur ce point la thèse importante de M. Henri BASSET, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale* (Paris 1896), principalement p. 244 et suiv.

(4) Cf. Albert TISSIER, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 743 et suiv.

(5) Cf. la thèse de M. EPINAY, *De la capacité juridique des associations formées sans but lucratif et non reconnues d'utilité publique* (Paris, 1897, p. 375 et suiv.).





quence, qui forcera le juge à examiner telle ou telle conception nouvelle, jusqu'alors inaperçue et non encore jugée ; magistrature très dévouée à sa profession, très imbue de l'idée de ses devoirs et de sa haute fonction, défiante des pures abstractions et toujours soucieuse des besoins de la pratique, qui saura concilier son respect du texte avec son rôle d'arbitre des intérêts privés et sociaux : voilà les pièces maîtresses du système.

Tels sont les rouages de cette machine immense, qui va mettre en œuvre et réaliser, dans l'application de la vie, le texte muet et inerte par lui-même du nouveau Code civil.

Voyons ce que ce texte est devenu, sous le fonctionnement de tout ce mécanisme savant.

***

Au moment où le Code civil venait de s'achever, dominaient, en France et en Europe, trois courants principaux, qui peuvent se résumer dans un faisceau de doctrines étroitement reliées l'une à l'autre, et issues de la philosophie du XVIIIe siècle, une doctrine philosophique, une doctrine politique et une doctrine juridique.

La doctrine philosophique est la plus ancienne ; elle remontait presque au XVIe siècle et elle avait trouvé au XVIIIe sa formule, que l'on croyait définitive. Elle reposait sur l'idée que l'homme apporte en naissant des droits inhérents au fait même de son individualité (1), que ses droits dérivent de sa nature, laquelle est toujours la même, et que, par suite, il doit y avoir un système de lois résultant de tous ces rapports naturels, qui soit un idéal philosophique du droit et dont toutes les législations particulières devraient tendre à se rapprocher.

Cette école du droit naturel est intimement liée, comme on vient de le voir, à la doctrine du droit individuel. On aurait pu concevoir, tout à l'inverse, une doctrine d'un droit de la nature, qui, loin de reposer sur une conception philosophique, se relierait à de pures données sociologiques. Si la société est un fait naturel et non un fait de création volontaire, elle doit obéir à des lois susceptibles de donner lieu à des phénomènes juridiques. Il y a donc un droit social, dérivant du fait de la société, et qui résulte des rapports naturels issus de la vie sociale. C'est ainsi qu'on pourrait concevoir qu'il y eût un droit naturel, entendu de ce droit social, adéquat aux lois qui régissent la société elle-même ; le droit positif ne serait qu'un effort plus ou moins approché du labeur humain pour se conformer à ce droit social ainsi compris, c'est-à-dire à ce droit

(1) Cette idée, qui était courante à l'époque de la Révolution, est nettement exposée par CAMBACÉRÈS, dans son discours à la Convention, à la séance du 23 fructidor an II (*Moniteur universel*, 1794, t. XI, col. 1456-1459).



de la nature, entendu d'un droit inhérent aux rapports de l'homme avec la société, au lieu d'être préexistant à la vie en société (1).

On ne l'a jamais entendu ainsi; et on ne pouvait pas l'entendre ainsi. Car la première de toutes les lois sociales est la loi d'évolution progressive, laquelle est de l'essence de toute collectivité. Le droit de la nature, ainsi compris, serait donc un droit incessamment variable et changeant, dont on ne pourrait pas dire qu'il pût servir d'idéal éternel aux conceptions toujours imparfaites de la loi positive.

Il n'en était plus de même d'un droit naturel construit sous forme de déductions tirées de la nature de l'homme envisagé à l'état individuel. On concevait l'homme sous sa forme abstraite, comme une entité représentée par certains caractères spécifiques (2). De ces notions primordiales, découlait un droit également abstrait, et plus ou moins immuable, destiné à la mise en œuvre de ces éléments constitutifs de la nature humaine.

Et, avant tout, le point de départ de toute cette Ecole était que l'homme était une liberté et que tous ses droits découlaient de la mise en œuvre de la liberté, considérée comme une force autonome et souveraine. Ce que la société elle-même pouvait acquérir de droits sur l'individu ne lui venait, suivant la formule de Rousseau, que de ce que l'individu avait consenti à sacrifier de ses droits et de sa liberté (3). Le droit social était un dérivé du droit individuel, celui-ci était antérieur et supérieur aux droits de la collectivité.

Cette Ecole philosophique, il serait puéril de le nier, a été la grande inspiratrice du Code civil, comme elle avait inspiré toutes les déclarations des droits, sous la Révolution, et tous les projets de la Convention.

C'est, à coup sûr, un point de vue un peu inexact de considérer, comme le fait M. Sagnac par exemple (4), que la Convention s'était quelque peu départie de cette conception individualiste des premiers constituants, en vue d'accroître les droits de l'Etat et le droit d'intervention de l'Etat. La Convention ne faisait qu'interpréter un peu plus à fond les termes supposés du prétendu pacte social, d'où était censée provenir toute la souveraineté de l'Etat. Elle rendait un peu plus complète, à raison des nécessités sociales, cette prétendue abdication de la souveraineté individuelle aux mains de l'Etat. Mais, pour se faire une conception plus radicale du contrat

---

(1) Sur les différents sens du mot *Social*, voir STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, p. 120 et suiv.

(2) Cf. *passim* l'intéressante étude de M. BOISTEL, *Principes de métaphysique nécessaires à l'étude de la philosophie du droit* (Paris, Fontemoing, 1899).

(3) Cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. Ier, ch. VI (Edit. Ed. Dreyfus-Brisac, p. 32 et suiv.).

(4) SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française* (Paris, 1898, p. 35-36).

social, elle ne concevait pas autrement que n'avait fait la Constituante, la source initiale du droit et de la souveraineté.

Le Code civil ne faisait que recueillir ces traditions alors incontestées.

Il n'y avait guère, pour les combattre, que les théologiens et les philosophes de l'école de Joseph de Maistre et de de Bonald (1). Peut-être l'oublie-t-on trop facilement aujourd'hui. L'école théologique n'a jamais accepté d'ériger en dogme la doctrine de la souveraineté absolue de l'individu. Ce serait élever dogme contre dogme ; et les déclarations des droits de l'homme n'ont jamais eu d'adversaires plus déclarés que ceux dont les successeurs, par un changement de front plutôt consolant à constater, se réclament d'elles aujourd'hui.

Mais ce groupe d'opposition était si peu important et jouissait de si peu d'influence qu'on pouvait presque le tenir pour non avenu. La doctrine philosophique du Code civil est celle du droit individuel, selon la formule de la philosophie rationaliste du XVIIIe siècle. Elle avait, d'ailleurs, trouvé son expression légale dans l'article 1er de ce *Livre préliminaire*, qui fut supprimé par la suite. L'article 1er était ainsi conçu : « *Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes* ». Cette profession de foi philosophique a heureusement disparu. Se figure-t-on le Code civil français portant encore, au seuil du XXe siècle, cette déclaration archaïque ?

Cette Ecole du droit naturel et du droit individuel (2), dont on a le tort de beaucoup trop médire aujourd'hui, aura rendu à la France, et l'on peut dire à l'humanité, d'inappréciables services. Grâce à elle, on s'est fait de la liberté individuelle une conception telle que, quels que soient les systèmes politiques ou sociaux que nous réserve l'avenir, il y aura toujours un minimum de liberté que nous considérerons comme intangible et comme indispensable au rôle de l'individu ici-bas, il y aura une part de justice individuelle que la raison humaine et la conscience collective regarderont

(1) DE BONALD, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la Société*, 1re partie, liv. Ier, ch. III (dans *Œuvres complètes*, édit. Migne, 1864, t. Ier, 161) et surtout *Législation primitive*, — *Discours préliminaire* (*loc. cit.*, t. Ier, 1109-1110 et suiv., 1119 et suiv.) ; et, dans le sens des idées de Savigny, *Législation primitive*, liv. II, ch. XVIII, notes sur le chapitre XVIII (*loc. cit.*, t. Ier, 1258, notes 3 et 4). Voir la fin de la note 3 : « *A mesure qu'ils avancent, ils (les peuples) écrivent leurs lois politiques ; plus tard ils écrivent jusqu'aux lois domestiques ou aux mœurs. C'est là que nous en sommes. Ainsi, le vieillard ne se rappellerait de rien s'il n'écrivait tout. Malheur peut-être à une nation obligée d'écrire, et de faire des lois même de ses mœurs !* »

(2) Sur le sens exact de ces expressions, et pour écarter certaines fausses définitions que l'on en donne trop souvent, voir le livre important de M. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit* (1899), p. 18 et suiv. Cf. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen = und Bürgerrechte* Leipzig, 1895), p. 51 et suiv. (Traduction française — *La déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, p. 98 et suiv.).



toujours comme devant être sauvegardée quoi qu'il arrive, et qui ne devra jamais céder à aucune raison d'Etat, à aucun intérêt supérieur collectif. Peut-être ne dirons-nous plus qu'il s'agit de droits innés que l'homme apporte en naissant; peut-être dirons-nous que, sur le terrain du droit social lui-même, l'histoire et la sociologie nous révèlent que la société ne peut vivre que si une part suffisante est laissée à l'initiative privée, que si la liberté individuelle a sa sphère d'activité garantie et que la justice soit égale pour tous. Peu importe l'explication, il restera toujours une part de liberté, non plus absolue il est vrai, mais relative, dont aucun système politique ou social ne pourra plus désormais priver l'individu. C'est pour une grande part à l'Ecole du droit individuel et à la conscience qu'elle aura créée parmi nous que nous devrons ce résultat (1).

Mais, ceci reconnu, il faut bien avouer qu'aujourd'hui la mentalité philosophique a changé (2); ces conceptions dogmatiques n'ont plus de prise sur les esprits. On s'est facilement rendu compte qu'il n'y a de droits que par l'effet des rapports sociaux, que la société est un fait primordial et initial, et non secondaire, et que, si elle ne crée pas le droit au sens philosophique du mot, elle le conditionne nécessairement au sens historique. Ce que les individualistes ne trouvaient que dans ce qui constitue l'essence de la personnalité humaine, ce que les théologiens ne cherchaient qu'en Dieu, les sociologues le trouvent réalisé dans l'histoire; et, sans qu'ils aient à se demander d'où vient la société et quel en est l'auteur, il leur suffit, pour en constater les lois juridiques, les définir et les appliquer, qu'ils soient en présence d'un fait susceptible d'observation scientifique et d'une nécessité de fait inéluctable, la nécessité du droit dans ses rapports avec l'organisme social.

Le droit n'est donc jamais purement individuel; et, de même, devrait-on dire, ce que ne savent pas reconnaître les socialistes, qu'il n'est jamais purement social. Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle. Et, par suite, dans la mesure où cette expansion de l'individu est nécessaire au progrès et à la prospérité de la société, la société doit protection aux individus, non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue, et à ceux surtout qui sont mal armés pour vivre et pour jouer leur rôle d'hommes ici-bas. C'est parce qu'il y a une part de droit individuel dans le droit social que les individus pris en masse doivent protection à l'individu, et c'est parce qu'il y a une part de droit social dans tout droit individuel que la sphère juri-

(1) Cf., sur tous ces points, le beau livre de M. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, et principalement p. 128 et suiv.

(2) Cf. Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 561 et suiv., et R. Stammler, *Wirthschaft und Recht*, p. 572 et suiv.



dique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe (1).

Partant de ces idées, on ne conçoit plus aujourd'hui qu'il y ait aucun droit individuel qui soit antérieur ou supérieur au droit social, aucun qui soit absolu de sa nature, la propriété pas plus que les autres, pas plus que la liberté, pas plus que l'autonomie contractuelle. C'est, en effet, dans cette trinité juridique que Cambacérès présentait tout l'ensemble du droit privé, dans son discours à la Convention, le 23 fructidor de l'an II.

Or, il serait difficile d'imaginer, pour l'époque tout au moins, une législation qui pût se prêter mieux que le Code civil, en dépit de ses origines philosophiques, à cette évolution des idées et des conceptions sociales. Il a rompu avec l'idéologie qui avait gâté le Code prussien, et laissé de côté les définitions abstraites et philosophiques qui reparaissent dans le Code autrichien de 1811 (2). Il n'a que des solutions positives, toujours faciles à adapter à tous les systèmes philosophiques ou sociaux.

Quel que soit le respect qu'il ait eu pour la propriété individuelle, il n'existe pas de législation contemporaine, on n'a pas manqué d'en faire la remarque, qui ait aussi complètement atténué, si l'on peut dire, les angles de la propriété et aussi foncièrement restreint son caractère romaniste de droit absolu et intangible par l'établissement de rapports de voisinage, que l'on renonce même à désigner sous le nom de servitudes, et qui ne sont que la condition et la mise en œuvre de la propriété immobilière, dans son état de réciprocité collective (3). On s'aperçoit du reste aujourd'hui que l'art. 544, qui définit la propriété, ne la qualifie pas de droit absolu, et, s'il lui donne pour objet de conférer la faculté de jouir et de disposer d'une façon absolue, il vient tout aussitôt limiter cette dernière expression par la réserve de toutes les restrictions imposées par la loi ou les règlements (4). Ce sont les commentateurs qui ont vu dans l'art. 544 ce qu'il ne contient pas; et l'on paraît revenir aujourd'hui à une conception purement relative du droit de propriété, à laquelle les termes de l'art. 544 s'adapteront tout aussi bien (5).

---

(1) Cf., sur tous ces points, KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, §§ 1, 4, 16, 51, dans *Kohler's Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, t. Ier, voir citations et références, p. 15 (§ 8 *in fine*) et p. 20, note 1.

(2) Sur ces deux codifications, voir ce que dit également SAVIGNY, dans son manifeste (*Zum Beruf...*) Edit. 1892, p. 49 et suiv.

(3) Sur tous ces points, voir la thèse de M. Georges RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Paris, Rousseau, 1902, p. 117 et suiv.).

(4) Cf. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. Ier (Edit. 1904, n° 2329, p. 745).

(5) Le Projet de Code civil suisse, dans sa dernière rédaction (du 28 mai 1904), définit la propriété, en disant, art. 635, que « *Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi* ». — C'est bien en effet sous cette forme plus



Par les restrictions apportées à la prescription acquisitive des servitudes, le Code civil cherche, autant que possible, à favoriser les services réciproques que l'on peut se rendre entre voisins. Il suppose établi un état de tolérances corrélatives, dont il fait implicitement le droit commun de la propriété, sans qu'il puisse jamais arriver que ces tolérances particulières deviennent des droits formels, diminuant par le fait même le contenu du droit de propriété (1).

Et voici que, dans la doctrine la plus récente, et déjà dans quelques arrêts, apparaît, sur le terrain de l'art. 1382, toute une théorie nouvelle qui, sous le nom d'abus de droit, reconnaît implicitement les devoirs sociaux de la propriété elle-même, de façon à restituer au plus individuel de tous les droits le caractère social que les idées doctrinaires de l'époque de la Révolution lui avaient fait perdre (2).

En ce qui concerne la propriété mobilière, quelle est donc la législation, même parmi les plus récentes, et sans en excepter le Code civil allemand, qui sacrifie aussi complètement le respect du droit lui-même aux nécessités du crédit commercial ? (3) La règle de l'art. 2279 a paru si radicale, qu'il est peu de législations qui aient osé la reproduire sous sa forme intégrale.

L'autonomie contractuelle a certainement gardé toute son ampleur, et il serait souverainement regrettable qu'on en supprimât le principe. Pareille conception constituerait un recul de plusieurs siècles. Et cependant, dans l'application, sur le terrain de la concurrence commerciale (4), dans les développements donnés à la théorie de la cause, surtout en matière de donations (5), ne voit-on pas poindre déjà une notion contractuelle de

---

exacte qu'il faut traduire les termes de l'art. 544 du Code civil « *en disposer de la manière la plus absolue* ». Voir *Message du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale, concernant le Projet de Code civil suisse*, art. 635.

(1) Cf. Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 230.

(2) Voir sur ce point l'importante étude de M. Charmont, *L'abus du droit*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. Ier, p. 113, et les références à l'appui, en particulier la thèse de M. J. Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Paris, Rousseau, 1901, p. 78 et suiv.). La théorie de l'abus de droit vient d'être consacrée de la façon la plus générale, et non plus seulement par rapport à l'exercice du droit de propriété, par le *Projet de Code civil suisse*, dans sa dernière rédaction (art. 3). Ce dernier s'est inspiré, en l'élargissant encore, du principe du § 226 du Code civil allemand. Et d'ailleurs, en Suisse, les journaux et organes conservateurs commencent à se préoccuper quelque peu de cette allure générale du Projet (cf. *Journal de Genève du 29 juin 1904 — Code civil suisse*).

(3) Le second Projet de Code civil allemand s'est, d'ailleurs, beaucoup rapproché du système français, en admettant, contrairement au § 877 du premier Projet, une interversion de la charge de la preuve, en ce qui touche la bonne foi de l'acquéreur (cf. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung*, t. III, p. 207-208).

(4) Cf. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* (Edit. 1904, nos 62, 95).

(5) Cf. Bufnoir, *loc. cit.*, p. 544 et suiv.

l'ordre public, ou, si l'on préfère, ce qui est en effet moins dangereux, de la bonne foi et de la loyauté commerciale en matière de transactions, qui impose aux parties un respect plus complet, ou plutôt une préoccupation plus intégrale, des conditions d'engagement pour chacune d'elles? (1).

Sur tous ces terrains, il y a une doctrine d'avant-garde qui prétend se faire reconnaître peu à peu et se faire consacrer par la jurisprudence. S'il ne s'agissait que de réformes législatives, la question ne toucherait plus à l'interprétation historique du Code civil (2). Ce que l'on demande, en attendant mieux, c'est une évolution de la jurisprudence; et, si on la demande, c'est que l'on croit cette évolution possible, c'est qu'on la regarde comme étant compatible avec nos principes d'interprétation. C'est le Code civil lui-même, dont l'individualisme s'atténue et disparaît dans ce qu'il avait de trop exclusif, pour prendre dans l'orientation jurisprudentielle et doctrinale de l'avenir un caractère plus nettement social.

Aucune disposition du Code civil ne s'est plus largement prêtée à cette transformation et n'est plus apte à s'y prêter que la formule si vague et si extensive de l'art. 1382 (3). On pourrait écrire un volume sur la fonction de l'art. 1382, dans le sens de l'orientation nouvelle du droit civil. Nous l'avons vu déjà servir à atténuer le caractère absolu de la propriété individuelle, et à lui imposer des obligations dont se serait scandalisée la génération de la première moitié du XIX[e] siècle. C'est elle qui, dans le domaine du droit de famille, corrige ce qu'a de vraiment excessif la règle de l'art. 340, qui prohibe la recherche de la paternité naturelle (4).

---

(1) Voir notamment sur ce point la leçon d'ouverture de M. le professeur Emanuele Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (Naples, 1891). On trouvera d'ailleurs l'idée de lésion notablement généralisée dans le § 138 du Code civil allemand.

(2) C'est surtout dans cette direction qu'insiste le mouvement juridique social, si intéressant, qui se produit en Italie, beaucoup plus que sur les progrès que l'on peut déjà, dès maintenant, obtenir par voie de jurisprudence. Voir, en outre de l'étude précitée, Salvioli, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie* (Palerme, 1891); Camillo Cavagnari, *Nuovi Orizzonti del diritto civile in Rapporto colle instituzioni pupillari* (Milan, 1891); voir les appendices n[os] III et IV, p. 417 et 421. — Lire également, dans un sens peut-être un peu moins radicalement législatif, la belle leçon d'ouverture de M. le professeur Vivante, *L'influenza del socialismo nel diritto privato* (Extrait de la *Critica sociale*, 1902). — Elle a été traduite en français sous le titre suivant : *La pénétration du socialisme dans le droit privé*, chez Storck et C[ie], 1903).

(3) C'est également une de ces formules dont le vague et le caractère prétendu arbitraire ont effrayé les auteurs du Code civil allemand (cf. v. Liszt, *Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Ils ont préféré maintenir un système de spécialisation des délits civils, au risque de laisser de côté un grand nombre d'intérêts relatifs à la personne, qui peuvent ne pas rentrer dans la classification légale et se trouver ainsi dénués de protection (cf. à cet égard, Anton Menger, *Das Bürgerliche recht und die besitzlosen Volksklassen*, § L (Edit. 1904, p. 201-202).

(4) Cf. Chauveau et Chéneaux, *Des personnes* (dans la collection *Baudry-Lacantinerie*, t. III, n[os] 678 et suiv.).

Et n'a-t-on pas prétendu en faire un principe de responsabilité pour tous les dommages provenant du libre exercice de l'activité individuelle, en dehors de toute question de faute personnelle ? (1) Sans compter que, sur le terrain contractuel, c'est elle encore qui apporte de justes limites aux abus de la libre concurrence (2), et d'utiles restrictions à certaines nullités pour vices du consentement, vraiment trop peu soucieuses de l'intérêt des tiers de bonne foi (3).

Dans les trois domaines indiqués par Cambacérès, propriété, liberté, autonomie contractuelle, le principe de l'art. 1382 a permis à la jurisprudence d'introduire une conception plus juste de la solidarité sociale et des devoirs réciproques des individus les uns vis-à-vis des autres.

Le Code civil a évolué ; son texte est resté le même, mais le contenu qu'il recouvre s'est modifié du tout au tout. Dans des outres que l'on croyait vieillies a coulé le vin nouveau ; et sa vigueur généreuse a suffi pour rajeunir l'enveloppe qui le contenait.

Mais, pour qu'il en fût ainsi, il fallait un organe qui pût faire pénétrer la vie dans le mécanisme légal, et cet organe ce fut la jurisprudence. A travers les textes souples du Code civil, la législation individualiste par excellence, le droit social a pénétré peu à peu ; et, sans détruire le droit individuel, qui ne cesserait d'exister que le jour où le droit civil aurait disparu, il le vivifie et s'apprête à lui rendre une ampleur nouvelle. Suivant une formule chère aux Italiens, nous pouvons, à l'aube du siècle qui commence, saluer les nouveaux horizons du droit civil.

***

A un second point de vue, le Code civil était l'expression d'une doctrine dominante à l'issue de la Révolution française. On venait d'organiser la démocratie, comme régime politique ; le Code civil allait devenir le droit privé d'une démocratie. Mais la démocratie était conçue alors comme un régime dans lequel tous les citoyens avaient des droits égaux dans la sphère des droits civils, et de même un droit égal sur le terrain politique. Aussi considérait-on que, dans le domaine du droit privé, il suffisait, pour constituer la démocratie, de consacrer l'égalité civile et la liberté pour tous, en abolissant tout privilège tenant à la naissance, au sexe ou à la fortune, et surtout d'imposer un système successoral qui ne pût jamais

(1) Sur ce point, la littérature est des plus abondantes. Qu'il suffise de citer ici les leçons de M. Léon Michel, publiées dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1901, p. 592), et cf. *infra*, p. 118, note 1.

(2) Cf. *supra*, p. 112, note 4.

(3) Voir la thèse de M. A. Legros, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats* (Dijon, 1900).



aboutir à faire revivre le régime de la grande propriété (1). On ne se rend pas suffisamment compte, à un siècle de distance, de ce qu'il y avait déjà de hardi, même après la Révolution, mais à un moment où la société était lasse des utopies et de l'anarchie d'où l'on sortait, à organiser d'une façon durable et à garantir pour l'avenir pareilles conquêtes de l'ère qui venait de se clore. Assurer à chacun, pris d'une façon abstraite, selon la doctrine du droit naturel et la théorie des droits de l'homme, le droit et la possibilité de lutter, sur le terrain juridique, à armes égales, pour se faire une situation dans le monde, semblait à cette époque, non pas même l'idéal, mais la réalisation définitive, de la démocratie. C'était, pouvait-on croire, le seul régime qui, du point de vue théorique, fût conforme à l'idée d'égalité. On s'était d'ailleurs parfaitement rendu compte, même en pleine Révolution, de l'impossibilité matérielle d'établir l'égalité de fait ; aussi ne pouvait-on songer qu'à constituer l'égalité de droit. Egalité et liberté sur le champ clos de la concurrence vitale : chacun pour soi et le droit pour tous !

Il en était de ce régime politique comme de la théorie des droits naturels. Il partait d'une conception purement abstraite de la société, en dehors de toute perception directe des réalités sociales.

C'est après un demi-siècle seulement d'expérience, ou peut-être plus, après des bouleversements économiques tels que le monde n'en avait pas encore connus, que l'on s'aperçut des lacunes de ce système de pures abstractions.

On était parti de l'idée que le droit privé avait surtout pour but de régler les relations patrimoniales, pour laisser dans le domaine des mœurs tout ce qui avait trait aux rapports de famille et à l'exercice pur et simple de la liberté individuelle. Il en résultait que le Code civil ne visait guère que le droit des biens et que, par suite, il était fait pour ceux qui en avaient. Aussi a-t-on pu dire qu'il constituait surtout la charte de la propriété acquise. Mais pour tous ceux qui avaient tout à acquérir, qui avaient à parcourir tous les degrés, à partir du plus infime, de l'échelle sociale, il semblait que, si l'on met à part le domaine de la liberté individuelle également protégé pour tous, ils eussent été ignorés par la loi. En théorie, on avait échafaudé une vaste construction dans laquelle tous devaient trouver place. En fait, il arrivait que seules les classes possédantes s'y trouvaient à l'aise et que les autres restaient à l'entrée, luttant et s'écrasant pour y pénétrer. A ceux-là seulement qui avaient franchi la porte, la loi civile offrait un abri sûr et de sérieuses protections. On avait organisé, sans le savoir et sans le vouloir, le Code de la bourgeoisie.

Avons-nous le droit, vraiment, de le reprocher aux auteurs du Code civil ?

---

(1) Cf. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel* (Edit. 1903, p. 382 et suiv.).

Il a fallu trois quarts de siècle pour comprendre que la démocratie politique ne suffisait pas à remplir l'idéal des sociétés nouvelles, et que, s'il est impossible, plus encore que sous la Révolution, de rêver d'un régime d'égalité matérielle, la société n'a pas le droit, puisque, dans cette lutte de la concurrence vitale, il y aura toujours des faibles qui resteront désarmés et des vaincus de la vie qui seront à la merci des forces accumulées autour d'eux, de se désintéresser de ceux qui sont en dehors de la construction juridique faite pour abriter les biens, la propriété et le patrimoine. On s'est aperçu, et que de temps il a fallu pour s'en apercevoir! (1) qu'à côté du Code de la propriété, il fallait un Code du travail, et peut-être aussi un Code de la liberté (2), qui en réglât l'exercice et en modérât les abus, en attendant ce Code de l'association qui sera la loi sociale par excellence, l'analogue pour le droit privé de ce qu'est le régime démocratique pour le droit public.

Le XIXe siècle finissant a donc entrevu un idéal de démocratie sociale, auquel la démocratie politique aura servi d'étape ; et ce serait vraiment se montrer bien peu reconnaissant envers ceux qui nous ont précédés et envers l'histoire qui a reçu le dépôt de leurs efforts et de leurs luttes généreuses, que de reprocher aux législateurs de 1804 de n'avoir pas fait ce Code social auquel la Révolution elle-même n'avait pas songé et que le XXe siècle, à ses débuts, est peut-être encore incapable de construire. Ne serait-ce pas un peu comme si l'on se croyait en droit de méconnaître le rôle d'Henri IV, de Richelieu et de Louis XIV, sous prétexte qu'ils n'ont pas écrit la Déclaration des droits de l'homme?

Parmi ceux dont le Code civil paraissait s'être désintéressé, il y en a trois catégories surtout pour lesquelles aujourd'hui on réclame une situation plus favorable, les classes ouvrières, les enfants naturels et les femmes. Pour les premières, il eût semblé qu'à leur faire un régime spécial on eût rompu avec cette idée de l'égalité abstraite et de l'abolition des classes qui était l'une des conquêtes les plus universellement acceptées de la Révolution. En ce qui concerne les deux autres, la situation qui leur était faite répondait aux conceptions généralement acceptées sur la famille légitime et le mariage.

---

(1) Voir sur ce point la belle leçon d'ouverture de M. CHARMONT, *La socialisation du droit*, publiée dans la *Revue de métaphysique et de morale*.

(2) Un exemple bien typique du caractère purement économique et patrimonial des législations de droit privé, même les plus modernes, se trouve dans la façon dont le Code civil allemand a réglementé l'interdiction des individus atteints d'affections mentales. La loi ne permet d'interdire que ceux qui, à raison de leur état pathologique, sont incapables de prendre soin de leurs affaires (cf. § 6 *B. G. B.*). On laisse donc sans aucune protection de cette nature ceux qui, sans être devenus incapables de gérer leurs biens, sont un danger pour eux-mêmes ou pour les autres. Il n'en est plus de même, il est vrai, du *Projet de Code civil suisse* (art. 378) ; cf. Max RÜMELIN, *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Civilgesetzbuch* (Leipzig, 1901), p. 13-15.

Sur tous ces points, de grands changements se sont produits dans les mœurs et dans les idées. Le principe supérieur d'une égalité de droit ne nous empêche pas d'en voir. les conséquences inéluctables dans les faits. L'égalité de droit, dans la réalité, fait autant de victimes, si ce n'est plus, que jadis le régime du privilège ; et il est entendu que les victimes de la liberté ne sont pas à plaindre et qu'on ne leur doit rien, puisque, si elles se sont laissé dépasser par d'autres, ce ne peut être que de leur faute. A la course, tous n'arrivent pas au but, mais tous avaient un droit égal d'y arriver. Ce régime de liberté ne peut vivre d'ailleurs qu'en escomptant ses victimes ; car s'il n'en faisait aucune, c'est que tous le seraient. Or l'homme ne vit pas d'abstractions, mais de réalités. Et il y a un minimum de garanties matérielles que l'individu doit avoir pour remplir son rôle ici-bas, son rôle social et son rôle providentiel. De même que, sous le rapport politique, nous constations, en dépit de la prétendue faillite du droit individuel, qu'il y a un minimum d'individualisme qui doit rester la part de la liberté et de l'initiative personnelle, faute de quoi la société serait la première à en souffrir, de même, sur le terrain des réalités sociales, dirons-nous qu'il y a un minimum de vie matérielle, et aussi de vie morale et intellectuelle, qui doit être assuré à l'homme, sans quoi c'est la société elle-même dans son ensemble qui est compromise. Il ne s'agit donc, ni de privilèges à rebours, ni de fausse sentimentalité, et encore moins de chimérique égalité. Il s'agit d'un équilibre social à établir, d'une harmonie indispensable à réaliser entre les différents éléments qui composent la collectivité, et dont la fonction sociale doit être en raison directe de l'expansion individuelle elle-même. Si donc la liberté individuelle reste un dogme intangible, la société se doit à elle-même de venir en aide aux épaves et aux victimes de la liberté. Liberté et intervention, non seulement ne sont pas en contradiction, mais nous apparaissent comme les deux faces d'un même système, tellement que l'une appelle l'autre. A l'Etat supprimant l'individu, ce qui est le rêve de certains socialistes, opposons le principe de la collectivité prêtant aide et assistance mutuelle aux fidèles de la liberté, pour la défendre par en haut contre ceux qui en abusent et la développer par en bas chez ceux qui n'ont pas assez de ressources pour en user. Cette conception du droit social, loin d'être la négation du droit individuel, en est comme le complément et l'extension nécessaires. Mais il faut bien reconnaître aussi que c'est toute une transformation profonde du système individualiste traditionnel ; c'est une conception réciproque, et non plus unilatérale, qui, à côté des droits, oppose les devoirs, et qui, au lieu d'accorder tout aux uns, et rien aux autres, ne garantit la victoire aux plus forts qu'à la condition qu'ils viennent en aide aux plus faibles. Sur ce point les conceptions se sont donc profondément modifiées.

Ce changement de conceptions dans le domaine social devait avoir sa répercussion dans le cercle de la famille. Nous ne croyons plus que le mariage serait menacé, parce que la loi imposerait à la paternité, même naturelle, tous les devoirs que la morale et la nature lui assignent ; et encore moins nous semblerait-il que la société domestique fût compromise, parce que le droit admettrait une collaboration plus étroite des deux époux.

Il faut bien reconnaître, d'ailleurs, que, dans cet ordre d'idées, si la jurisprudence peut parfois encore détendre les mailles serrées de la loi et modifier l'orientation de certaines institutions, le plus souvent elle se heurte à toute une organisation légale dont le mécanisme ne dépend plus d'elle, et qui ne peut changer que par voie de réformes législatives. C'est ce qui fait, sans doute, que, pour ceux qui n'ont considéré notre système de droit privé que sous cet angle spécial, des réformes ouvrières et familiales, il a semblé qu'il n'y avait plus qu'à se désintéresser d'un édifice devenu insuffisant et qu'il fallait à tout prix appeler l'œuvre légale, qui doit apporter le salut.

D'autres moins simplistes ou moins confiants dans un bouleversement intégral, ont cru et croient encore, qu'avec quelques ailes en plus le vieil édifice continuerait à faire assez bonne figure ; et tout en appelant de leurs vœux les réformes, et même la revision, telles qu'elles s'imposent, ils attendent sans trop d'impatience, en voyant ce que la jurisprudence pourrait déjà faire d'elle-même, si on voulait la seconder et l'encourager, et si l'on prenait la peine de constater ce qu'elle a déjà su faire. A travers toutes les fissures par lesquelles a pu se glisser l'œuvre de la jurisprudence, il serait facile, au milieu sans doute de bien des hésitations et même de bien des reculs, de suivre à la trace comme la genèse des évolutions nouvelles.

Est-ce qu'à la veille même de la loi de 1898 sur les accidents de travail la théorie du renversement de la preuve et peut-être même celle du risque professionnel n'étaient pas sur le point de se faire admettre par les tribunaux ? (1) Est-ce que, depuis un quart de siècle, la jurisprudence n'a pas été amenée à prendre parti sur l'action syndicale (2), sur les conséquences

---

(1) Voir tout le mouvement de jurisprudence reproduit dans la thèse de M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité* (Thèse, 1901, p. 70 et suiv.). On trouvera également sur tous ces points une note intéressante dans la thèse d'une science si profonde de M. Louis HUGUENEY, *L'idée de peine privée* (Thèse Dijon 1904, chez Rousseau, 1904), p. 59, not. 4 ; cf. aussi p. 238 et suiv.

(2) On trouvera un bref résumé de la jurisprudence relative aux syndicats, dans la thèse si importante de M. Barthélemy RAYNAUD sur *Le contrat collectif de travail* (Paris, 1901, p. 230-231), et surtout un exposé intéressant dans la note importante de M. Albert WAHL, sous Riom, 7 février 1900 (*Sir.* 1903, II, 225), complétée par une autre note de M. VAHL sous Limoges, 10 juin 1902, et tribunal de Douai, 7 mai 1902, dans *Sir.* 1903, II, 233.



des faits de grève (1), sur le contrat collectif? (2) Est-ce que, chaque jour, pièce à pièce, elle ne comble pas la plus grosse lacune peut-être du Code civil, celle relative au contrat de travail? (3) Et comment ne pas lui en savoir gré et ne pas se féliciter qu'en 1804 la loi ait ignoré tous rapports de ce genre, pour les laisser dans le droit commun? Se figure-t-on ce qu'eût été la réglementation du contrat de travail faite en 1804? Une gêne pour l'évolution actuelle, et pas autre chose!

La théorie de la stipulation pour autrui, qui a déjà servi de moule à l'assurance sur la vie, n'est-elle pas sur le point de fournir une forme juridique qui puisse très utilement s'adapter aux stipulations faites par les syndicats au profit de leurs membres? (4)

La situation de la femme mariée est, il est vrai, plus lente à prendre pied sur le terrain de la jurisprudence. La théorie du mandat collectif s'est assez nettement précisée (5); mais celle de la réserve des gains et salaires de la femme n'a pu encore trouver la fissure par où elle pût tromper la trop longue attente que nous impose le Parlement (6). Çà et là, cependant, quelques rares arrêts, qui, d'ailleurs, sont presque toujours cassés au degré suprême, tendent à accroître le nombre des droits personnels, reconnus propres à la femme et échappant à la communauté (7).

---

(1) Cf. sur ce point la note de M. Raoul Jay, sur Cass., 22 juin 1892, dans *Sir.* 93, I, 41, et l'étude de M. Fernand Amiot, *De la répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, dans *Annales de droit commercial* (1903, 1re partie, p. 65).

(2) Sur le contrat collectif et la jurisprudence qui s'y réfère, voir la thèse précitée de M. B. Raynaud, p. 226 et suiv.; également la note importante publiée sous Cass., 1er février 1893 (*Sir.* 1896, 1, 329), et la note de M. M. Deslandres, sous le même arrêt, dans *Pandectes françaises*, 1894, I, 1 (cf. *même recueil*, 1899, II, 82; tribunal de la Seine du 23 juin 1896, et la note).

(3) Voir en particulier sur l'un des points les plus importants, celui de la rupture du contrat de travail, la note capitale de M. Appert, sous divers arrêts de Cassation de 1897 et 1898, dans *Sir.* 1899, I, 33; et la discussion à la Société de législation comparée, à la suite de la communication de M. Blondel, à la séance du 12 décembre 1900, sur *Le Code civil allemand et les ouvriers*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée* (1900-1901, p. 217-241).

(4) Voir sur cette construction juridique la thèse de M. B. Raynaud, p. 277 et suiv.; et sur les différentes combinaisons auxquelles puisse se prêter le contrat collectif, Bourguin, *Les systèmes socialistes et l'évolution économique*, chap. XV, p. 268 et suiv.; Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, I, p. 759-773, et Georg Sulzer, *Die kollective Vertragsschliessung zwischen Arbeitern und Arbeitgebern* (Berne, 1900, extrait des *Schweizerischen Blättern für Wirtschafts = und Social politik*), p. 6 et suiv. (Il s'inspire en grande partie des distinctions admises par Sidney Webb, dans *Industrial Democracy*).

(5) Pierre Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 45 et suiv.

(6) Voir sur ce point le rapport de M. Tissier à la Société d'études législatives, et la discussion qui suivit, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, t. Ier, p. 26 et suiv.

(7) Cf. sur ce point l'étude de M. E. Thaller, *Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de la communauté*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. II, p. 55.



Sur tous ces terrains, il est vrai, comme dans la plupart des questions relatives aux enfants naturels, et en dehors du rôle attribué à l'art. 1382 et dont il a déjà été question, la jurisprudence se heurte à des dispositions impératives, qui l'obligent à s'incliner, en attendant les revisions partielles ou totales qui se préparent.

Ce sont là surtout les grosses lacunes du Code civil, réglementation du contrat de travail, réorganisation de toute la matière des droits de famille, y compris celle des régimes matrimoniaux; c'est dans ces différents domaines qu'il y aurait le plus d'urgence à hâter l'œuvre de la loi.

Mais, sur tous ces points, si quelques textes demandent à être modifiés, si même il est des réglementations d'ensemble qui s'imposent, le souffle nouveau, là comme ailleurs, a préparé les réformes nécessaires; là comme ailleurs, doctrine et jurisprudence ont évolué avec les changements de régime opérés dans l'état social et le progrès des idées.

***

Au moment où venait de paraître le Code civil, régnait enfin une troisième doctrine (1), celle-ci purement juridique, sur la conception de la loi, ses caractères et ses méthodes d'interprétation, qui n'était, après tout, que la transposition, dans le sens de l'anthropomorphisme, des théories anciennes sur le pouvoir absolu du souverain. Le souverain réel et effectif, toutes réserves faites sur les conceptions théoriques relatives à l'origine et au fondement de la souveraineté, n'était plus le roi, mais le législateur. Le juge, qui était son interprète, ne pouvait parler qu'en son nom; et, dès lors, lorsqu'il appliquait la loi, il était censé faire exécuter un ordre du souverain. Toute décision judiciaire devait être la traduction d'une volonté collective. L'interprétation par le juge ne pouvait être qu'une recherche au moins fictive de cette volonté.

Lorsqu'une situation nouvelle se présentait que le législateur n'avait pas prévue, il fallait faire comme s'il l'avait prévue. Et, au lieu de se demander si le législateur, devant l'espèce nouvelle, n'aurait pas fait exception aux principes généraux qu'il avait posés, on devait, quoi qu'il pût arriver, étant données les prémisses, traiter le problème d'après les conceptions

---

(1) Pour tout ce qui va suivre, voir, outre le livre capital de M. Gény, déjà cité, l'ouvrage récent de M. A. Alvarez, professeur à l'Université de Santiago, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904), avec préface de M. J. Flach (La préface de M. Flach, *L'enseignement juridique*, a paru dans la *Revue internationale de l'Enseignement supérieur* du 15 juin 1904, p. 481). Voir principalement, dans le livre de M. Alvarez, la troisième partie, p. 151 et suiv.

abstraites et les règles strictes, attribuées au législateur, dès que l'hypothèse elle-même fût de nature à rentrer sous leur application.

Pendant longtemps, en effet, la doctrine se crut liée par cette méthode. Ceci ne veut pas dire, tant s'en faut, qu'elle ait dû subir, comme on le répète trop souvent, le joug d'une interprétation purement littérale. Doctrine et jurisprudence se rattachaient au système d'une large interprétation dogmatique; mais interprétation dogmatique ne s'identifie pas forcément avec interprétation littérale. On pourrait même soutenir que cette dernière exclut l'autre. Là où il suffit d'appliquer un texte à la lettre, il n'y a plus de raisonnement qui intervienne. C'est l'interprétation mécanique, dont les adversaires du dehors, ceux qui ne sont pas du métier, ont parfois accusé la jurisprudence, alors que d'autres lui reprochaient au contraire ses raffinements d'analyse. Mais grâce à la souplesse de l'interprétation dogmatique, grâce à la richesse de ses constructions juridiques, on pouvait encore éviter les extrémités les plus regrettables auxquelles aurait pu conduire un pur raisonnement géométrique. Cette méthode n'avait qu'un tort, c'était de laisser croire que les constructions ainsi déduites de l'ensemble des textes représentaient la volonté implicite du législateur et que cette volonté implicite s'imposait rigoureusement au même titre que l'autre. Et alors, ce qui, certainement, restait impossible, c'eût été, même là où la loi était muette, de s'inspirer uniquement d'un simple état de fait, économique ou social, pour accepter une exception à un principe général que l'on aurait cru découvrir dans la loi ou faire ressortir de l'ensemble du système légal.

Toutes ces règles d'interprétation étaient largement admises, par la jurisprudence, tout autant que par la doctrine. Et cependant, si cela est vrai en théorie pure, quelle indépendance dans l'application! (1). En réalité, et à ne prendre que les résultats, ne pourrait-on pas, avec plus de vérité encore, affirmer que la jurisprudence s'est laissé conduire par des idées tout opposées? Cela ne veut pas dire, à coup sûr, que dans les libertés qu'elle a prises avec la loi, elle se soit donné pour guide un système d'évolution sociale conscient et voulu. Tant s'en faut. Souvent même, nous la voyons rétive aux sollicitations les plus pressantes des besoins économiques, surtout lorsqu'il s'agit de la protection, aujourd'hui si importante, de la fortune mobilière. Il semble bien que, chez elle, la préoccupation du crédit l'emporte encore sur l'intérêt du propriétaire. Et c'est même là, pour le dire en passant, un point de vue social, nettement opposé au point de vue purement individualiste, quoi qu'on en ait pu dire. Il suffit de

(1) Voir dans la thèse de M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, 1804-1904 (Paris, 1904), le chapitre II, p. 45 et suiv., et les beaux articles de M. M. LEROY, dans la *Revue de Paris* des 1er et 15 octobre 1903.



signaler à cet égard son interprétation si caractéristique de l'art. 2279 (1) et sa théorie, heureusement maintenue par elle, en dépit de toutes les attaques dont elle est l'objet, relativement aux actes de l'héritier apparent (2). Mais, ce qui est certain, c'est que, sur des points nombreux, et presque dès l'origine, elle a pris, par rapport à la loi civile, une attitude de franche indépendance, qui, pendant longtemps, a surpris la doctrine et surtout frappé l'étranger.

Cette indépendance elle-même a suscité des réfutations et, pendant longtemps, le conflit entre la doctrine et la jurisprudence était presque posé en règle. Il servit tout au moins à passer les idées au crible, à en évoquer incessamment de nouvelles, et, par là même, à donner plus d'essor au progrès scientifique.

Moins de vingt ans après sa critique acerbe du Code civil, Savigny lui-même revenait à une appréciation plus impartiale de la littérature juridique française. Il en fit l'aveu, en rendant compte, dans sa Revue, de l'apparition de la *Thémis* (3) ; et il en accentua encore l'expression dans la préface de la dernière édition qu'il eût donnée de son manifeste sur la méthode historique, en 1828. Mais s'il consentait à rendre justice aux juristes français, il ne désarmait pas à l'endroit du Code civil : « Ce qu'ils ont de bon, disait-il, ils l'ont malgré le Code civil, et non grâce au Code civil » (4).

Nous dirons, à notre tour, que, ce qu'il pouvait y avoir de bon, et même d'excellent, dans les idées de Savigny, commençait à franchir la frontière, à pénétrer en France, et à s'adapter à l'interprétation, non plus d'une coutume immobilisée, comme l'eût rêvée Savigny, mais d'une loi codifiée, qui allait peu à peu prendre contact avec la méthode historique et, pour la première fois, en faire la riche et féconde expérience.

Il faut bien reconnaître, en effet, que l'époque de la Restauration se prêtait merveilleusement à faire bon accueil aux idées de Savigny. La méthode historique a deux faces. Par un côté, elle est souverainement hardie, elle va de l'avant ; par l'autre, elle est très respectueuse du passé et des faits acquis. Avant tout, elle est défiante de tous les systèmes *a priori*, et surtout de tout ce qui touche de près ou de loin à la métaphysique. Elle met en garde contre les doctrines tout d'une pièce. Savigny avait surtout pris de la méthode historique son côté conservateur (5), et

(1) Cf. C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 356 et suiv.

(2) Cf. sur ce point l'examen doctrinal de M. Charmont, sur Cass., 26 janvier 1897, dans *Revue critique de législation*, 1902, p. 16 et suiv.

(3) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. IV, p. 488 et suiv.

(4) Voir cette préface reproduite dans l'édition de 1892, p. v. Cf. également le passage bien connu de son *System des Römischen Rechts* (Traduction française, *Traité de droit romain*, t. I[er], p. 196 et suiv.).

(5) Cf. Merkel, *Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht*

ses idées devaient plaire aux contemporains de Louis XVIII et de Charles X, sans compter que ses partis pris à l'encontre de l'auteur du Code Napoléon achevaient de le mettre en faveur.

C'est ainsi que nous trouvons dans le *Globe* de 1827 un article important, qui résume avec beaucoup de précision la querelle, désormais célèbre, entre Thibaut et Savigny (1). Déjà, dans le premier numéro de la *Thémis*, Warnkœnig avait fait l'histoire du développement juridique des doctrines en Allemagne (2). Et l'on sait que la Revue de Fœlix fut surtout fondée pour faire pénétrer en France des conceptions scientifiques assez voisines de celles de l'Ecole historique.

Il serait cependant souverainement inexact de prétendre que ce fussent ces doctrines qui auraient influé sur la jurisprudence française. Celle-ci n'a jamais eu de système bien nettement arrêté, en tant que système doctrinal. A l'apparence, elle paraît plutôt empirique. En réalité, elle subit la force latente, irrésistible et triomphante, qui résulte des faits, ou plutôt de l'application de l'idée de justice aux réalités de la vie. C'est ainsi que se fait l'histoire ; la jurisprudence en reflète les étapes successives.

Si l'on voulait l'étudier à ce point de vue, et par suite examiner son attitude à l'égard du texte même du Code civil, il faudrait classer les grandes théories jurisprudentielles en trois catégories bien distinctes : celles qui sont une survivance du passé, celles qui marquent une anticipation sur l'avenir, et celles qui constituent une création intégrale.

Sur beaucoup de points, en effet, la jurisprudence continue la pratique coutumière et la développe, faisant prédominer les traditions anciennes sur la lettre de la loi ; et dans la doctrine, beaucoup d'auteurs, les historiens surtout, l'ont secondée dans cette voie. Cette survivance coutumière est particulièrement visible en matière de régimes matrimoniaux ; c'est le domaine par excellence des praticiens. Ils ont repris, sans toujours songer à les revêtir à la moderne, les clauses notariales du siècle passé ; les formulaires ont à peine changé. La jurisprudence essaie parfois de résister. Il est rare qu'à la fin elle ne s'incline pas. Toute la théorie si considérable, et d'apparence si hardie, de la dot mobilière est inspirée par des survivances de ce genre, en même temps qu'elle se trouve en conformité logique avec la pensée maîtresse du régime dotal, dans son application aux transformations économiques (3). Cette influence s'est également fait

---

und Gesellschaft, dans *Zeitschrift für das Privat = und œffentliche Recht der Gegenwart*, t. III (1876), p. 630-631.

(1) Le Globe, *Allemagne*, — *Science du droit*, t. V, 59, 18 août 1827.

(2) Thémis, t. Ier (1819), p. 7 et suiv.

(3) Cf. sur ce point principalement Lescœur, *Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière*, dans *Revue critique*, 1875, p. 380 et suiv.

sentir dans les fluctuations relatives à la nature des reprises de la femme sous la communauté (1). On en trouverait trace encore dans quelques-unes des controverses célèbres de la matière des successions (2). Mais le plus intéressant est de voir cette théorie des survivances n'apparaître, en certains domaines, qu'après une longue période d'interruption, vers le dernier quart du siècle, comme en matière d'attribution de la personnalité aux sociétés civiles (3).

Dans une seconde catégorie, il faudrait ranger toutes les grandes théories qui marquent une évolution inspirée, non plus par la survivance du passé, mais par l'orientation de l'avenir. Ce sont tous les points sur lesquels on sent l'effort progressif et constant de la jurisprudence pour se dégager de l'étreinte des conceptions juridiques étroites et rigoureuses qui avaient pu guider le législateur de 1804, et que notre génération ne comprend plus. Ici nos tribunaux ont nettement rompu en visière avec la doctrine ou la fiction de la volonté du législateur.

Nous savons très bien ce que le législateur avait voulu en écrivant l'art. 900 du Code civil, décourager par un procédé radical tous ceux qui poursuivent, en matière de donations, un but illicite. Sciemment, et de parti pris, parce que la justice l'exige et que l'équité le voulait ainsi, la jurisprudence a réduit à rien le domaine d'application de l'art. 900, en lui substituant la théorie de la cause impulsive (4).

Nous savons très bien ce que le législateur a voulu en proclamant le principe économique de la liberté des biens; et cependant la jurisprudence en arrive à valider peu à peu les clauses d'inaliénabilité temporaire et relative (5).

Nous connaissons très bien la volonté absolue du législateur de 1804 de

---

(1) Voir surtout la démonstration faite à cet égard par M. Esmein : *De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux*, dans *Revue critique de législation*, ann. 1877, p. 83 et suiv.; et note sous Poitiers, 21 mars 1884 (*Sir.* 86. II, 89).

(2) Voir, par exemple, dans un sens tout particulièrement historique, l'étude de M. Gabriel Demante, sur le *Calcul de la quotité disponible*, dans *Revue critique*, ann. 1852, p. 81 et suiv.; et, à propos d'une autre question également célèbre, Aubry et Rau, t. VII, § 723, notes 5 et 6.

(3) Voir, à ce sujet, et sur le terrain de l'histoire, la note si importante de M. Meynial, sous Cass., 2 mars 1892, dans *Sir.* 1892, I, 497. — Il faudrait également signaler comme l'une des survivances les plus inéluctables du plus ancien droit, et l'on pourrait dire du plus indissolublement lié à sa fonction sociale, toute la théorie jurisprudentielle des astreintes (Voir sur ce sujet l'étude capitale de M. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, dans *Revue trimestrielle* 1903, p. 3; cf. la thèse de M. Berryer, *Des astreintes*, Paris, 1903, et, dans la thèse précitée de M. L. Hugueney, p. 303 et suiv.).

(4) Cf. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, p. 355 et suiv.

(5) Voir, sur ce point, la thèse de M. Bretonneau, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité* (Paris, 1902, p. 67 et suiv.).

prohiber les substitutions et tout ce qui s'en rapproche. Par sa théorie des legs conditionnels, la jurisprudence, aujourd'hui, valide les substitutions (1).

Nous connaissons mieux encore le système de défiance du Code civil de 1804 contre les collectivités, sa théorie de la personne fictive en matière de capacité des associations et son principe absolu de l'attribution légale ou de la concession administrative en fait de personnalité civile. Dès avant la loi de 1901, la jurisprudence attribuait à certaines associations, quoique non reconnues d'utilité publique, quelques-uns des attributs de la personnalité (2).

Et que d'autres exemples analogues de ce parti pris très net d'aller résolument contre la volonté de la loi, lorsque les besoins de la pratique l'exigent et que le texte ne se présente pas sous une forme suffisamment impérative pour fermer la voie à toute velléité d'indépendance ! Aussi, est-ce dans cette catégorie qu'il faudrait classer tous les cas d'application de l'art. 1382 qui n'ont d'autre but que de consacrer une revanche de l'équité sociale contre les rigueurs du droit strict (3).

A côté de ces survivances du passé et de ces anticipations sur l'avenir, se placerait enfin le groupe si important des créations intégrales, dont le type le plus caractéristique est l'assurance sur la vie (4). Il faudrait y joindre certaines théories sur les effets de commerce (5) et quelques essais, il est vrai assez imparfaits, destinés à combler les lacunes du texte, en matière de tutelle des enfants naturels (6) et d'administration légale (7). Dans la même catégorie devraient trouver place les constructions jurisprudentielles relatives aux droits de caractère intellectuel, propriété littéraire ou industrielle, droit au nom, et autres de ce genre (8).

---

(1) Cf. l'article de M. Tissier, déjà cité, *supra*, p. 106, note 4.

(2) Cf. *supra*, p. 106, note 5.

(3) Cf. *supra*, p. 113, note 2.

(4) Sur ce point, la littérature est extrêmement riche ; et ce n'est pas ici le lieu de faire aucune citation spéciale. Il faudrait indiquer toutes les notes si importantes de M. Labbé, qui ont contribué, plus que tout le reste, à fonder la jurisprudence sur la matière. On trouvera l'indication des principaux arrêts dans Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n°s 2193 et suiv., et sur un point plus spécial, voir A. Wahl, *L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. Ier, p. 20.

(5) Cf. la thèse de M. Pichon, *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre* (Paris, 1904, p. 111 et suiv.).

(6) Cf. sur ce point une note très suggestive de M. Léon Michel, sous Cass., 10 novembre 1896, dans *Dalloz* 1899, I, 209, et Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. Ier, édit. 1904, n°s 1763-1765, p. 567, note 3.

(7) Voir un grand nombre d'arrêts cités sur la matière dans Planiol, *loc. cit.*, I (Edit. 1904), n° 1714.

(8) Voir la bibliographie du sujet dans Planiol, *loc. cit.*, I, 2543 et suiv. ; et, pour un point particulier de la matière, l'article de M. Thaller, précité, *supra*, p. 119, note 7. Sur le droit au nom, voir Perreau, *Contribution à l'étude du nom civil*, dans *Revue critique* 1902, p. 572, et, pour la bibliographie, Planiol, *loc. cit.*, I, n° 375.

Il suffit, d'ailleurs, de ces quelques aperçus pour montrer la hardiesse avec laquelle la jurisprudence a su se dégager, sur le terrain des faits, de la fiction, toujours maintenue à l'apparence, d'une recherche de volonté collective.

Le juge a compris, chez nous, qu'il avait un autre rôle social à remplir et c'est celui que lui assignait déjà Portalis (1) : il est l'arbitre de l'application de la loi aux espèces individuelles. Il est juge du conflit entre le droit individuel et le droit social, dans la mesure des limites d'appréciation que lui laisse le système légal dont il est l'exécuteur et l'interprète. L'art. 6 du Code civil, en mettant sous sa sauvegarde la garantie de l'ordre public, dans ses rapports avec le droit privé, a entendu faire du juge l'interprète de la conscience sociale collective, aux différentes phases de son évolution, toutes les fois que, dans un conflit privé, la conception de la moralité publique se trouve engagée. Il va plus loin encore que le Code civil allemand qui, par crainte des interprétations extensives, n'a voulu confier au juge que le maintien des bonnes mœurs, sans en faire le défenseur de l'ordre public. Et ce sont précisément, sous ce terme un peu vague et extensif, toutes les conceptions de l'équité sociale, dès qu'elles ne touchent plus à l'honnêteté individuelle proprement dite, dont on a voulu se défier (2). Dès 1804, le Code civil français était bien autrement hardi.

C'est en se plaçant sur ce terrain que la jurisprudence française, soit en se prévalant de la théorie de la cause, soit en se fondant sur les dispositions de l'art. 1382, a construit tout un petit code de l'ordre social qu'ignorait le Code de 1804, comme l'aurait ignoré tout autre code, quel qu'il fût. Les précisions de l'ordre social ne se prêtent à aucune réglementation écrite qui prétende les fixer pour l'avenir. Elles évoluent avec les conceptions et avec les mœurs. C'est la part que le droit écrit laisse au développement progressif de l'équité et de la moralité publique.

De pareilles hardiesses n'ont pas été, tout d'abord, sans étonner quelque peu la doctrine. Il en est résulté une opposition de caractère dogmatique, qui risquait d'aboutir, en France, par excès d'intransigeance philosophique, à une séparation analogue, entre la théorie et la pratique, à celle dont on se plaignait en Allemagne, du chef de l'intransigeance historique. Pareille équivoque ne pouvait plus durer; et ce sont aujourd'hui les maîtres les plus autorisés de l'enseignement universitaire qui mettent désormais la jurisprudence au premier plan.

---

(1) Cf. *supra* p. 100, note 1.

(2) Voir sur le paragraphe 138 B. G. B. (*art. 138 du Code civil allemand*), la note de la *Traduction du Code civil allemand, publiée par le Comité de législation étrangère*, t. Ier, p. 154 (art. 138, § II). Sur la notion des *Bonnes mœurs*, voir les ouvrages importants de Stammler, et principalement le dernier, *Die Lehre von dem Richtigen Rechte*, p. 174 et suiv.

Il suffit de rappeler à cet égard l'article-programme que M. Esmein publiait en tête de la Revue qu'il venait de fonder (1). Sans doute, il n'est pas dit, en propres termes, que la jurisprudence soit une source immédiate et directe du droit. En fait, c'est à cela qu'on est conduit. Constater historiquement les résultats acquis par voie jurisprudentielle et les faire entrer dans l'enseignement officiel, c'est reconnaître que l'interprétation consacrée par les tribunaux devient un élément normal du droit du pays. Et c'est ce qui ressort avec plus d'évidence encore d'un traité d'enseignement comme celui de M. Planiol (2); et l'on peut juger, au succès qu'il a obtenu, de l'attente avec laquelle tout le monde aspirait, en France, à voir cesser cet antagonisme anormal entre la théorie et la pratique, entre le droit objet de l'enseignement et le droit objet de l'application judiciaire.

Mais ce n'est pas seulement à la jurisprudence qu'un maître comme M. Esmein fait appel pour féconder et vivifier l'enseignement scientifique du droit; il y ajoute le droit comparé (3). Il est facile de reconnaître là l'historien éminent qu'est M. Esmein. Car la méthode historique ne consiste pas seulement à observer ce qui se passe dans un pays, mais à constater toutes les pénétrations et réactions réciproques qui se produisent entre conceptions scientifiques d'origines diverses. Le premier point de vue, d'un nationalisme étroit et exclusif, était l'un des dogmes de l'Ecole de Savigny. C'est au large et fécond génie d'Ihering que l'on doit surtout ce renversement des barrières (4). Toute science est forcément internationale et universelle. Le droit ne peut être une science véritable, qu'à la condition de classer les phénomènes juridiques, quelle qu'en soit la provenance, de les rapprocher et d'en déduire la synthèse générale.

Et c'est ainsi qu'après un siècle de distance les deux extrémités de la

---

(1) ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. Ier, p. 5 et suiv.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. Ier, *préface* (Edit. 1904), p. x.

(3) Les idées de M. Esmein sur ce point ont été surtout exposées dans son rapport au Congrès de droit comparé de 1900 : ESMEIN, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée* (1899-1900), spécialement p. 376 et suiv. Il est vrai que M. Esmein n'accepte le rôle du droit comparé que dans l'enseignement; et dans son article de la *Revue trimestrielle* (cf. ci-dessus, note 1), il proteste contre l'utilisation qu'on voudrait en faire pour l'interprétation du droit national (*loc. cit.*, p. 17 et suiv.). Mais qui ne voit qu'il en sera des restrictions que l'on voudrait établir sur ce point, comme des réserves que l'on fait au sujet de la jurisprudence ? Il y a des idées auxquelles il est difficile de vouloir tracer leurs limites et de vouloir faire leur part. La logique les rend envahissantes et fait qu'elles débordent le cadre qu'on leur avait tracé. Si l'on admet le droit comparé dans l'enseignement, il sera bien impossible que ceux qui auront dégagé du droit comparé, comme le dit M. Esmein lui-même, les idées maîtresses d'une institution, ne cherchent pas à s'inspirer de ces idées directrices dans l'interprétation qu'ils donneront du droit national lui-même.

(4) Voir surtout le début de son *Esprit du droit romain* (IHERING, *Geist des römischen Rechts, Erster Theil*, §§ 1 et 2).



chaîne sont sur le point de se rejoindre. L'art. 1er du projet de Code civil affirmait l'existence d'un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; et ce ne pouvait être, disait le texte lui-même, que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. Toutes les législations positives, à commencer par le Code civil, n'étaient qu'une dépendance de cette vaste construction du droit commun universel.

A l'aube du xxe siècle, nous revenons à une conception très voisine de celle de nos pères. Nous entrevoyons, nous aussi, la constitution progressive d'une science du droit qui serait universelle, d'une *Welt Rechts Wissenschaft* : elle ne se bâtit plus, il est vrai, sur le roc immuable de la raison et de la philosophie, mais sur le terrain plus mouvant de l'histoire universelle. Nos législations positives, au lieu de n'être que des domaines séparés les uns des autres, gardant, chacun vis à-vis de l'autre, une position irréductible, ne seront que des adaptations aux diversités nationales de cette science, une et universelle, du droit historique. Comme jadis, sous l'empire du droit rationnel, elles se rapprocheront peu à peu les unes des autres, dans l'unité d'un même courant scientifique (1).

Ce n'est pas à dire, à coup sûr, que nous n'ayons qu'à laisser faire ce mouvement d'évolution progressive, sans que la loi, cette raison écrite, comme on disait jadis, eût à intervenir. Ce serait, par là même, tomber dans l'erreur initiale de Savigny. Il est des heures, dans l'histoire d'un peuple, où l'évolution du droit a besoin d'une secousse qui l'ébranle par en haut et qui lui imprime un nouvel essor. Cet essor ne peut lui venir que d'une large réforme législative. Les codes sont le produit de l'histoire, mais en même temps ils la créent, en lui imprimant une orientation nouvelle.

Il est, d'autre part, des réformes devant lesquelles la jurisprudence et la doctrine, désormais unies, seront toujours impuissantes. Elles peuvent aller de l'avant, là où le texte reste douteux. Elles ne peuvent rien contre un texte clair et précis. Elles peuvent encore moins contre un organisme créé par la loi, et qu'il s'agisse de réformer. Si l'on jugeait, par exemple, que ce fût le cas du conseil de famille en matière de tutelle, ce n'est pas la jurisprudence qui, par un arrêt ou une série d'arrêts, si nombreux fussent-ils, pourrait supprimer le conseil de famille (2). Une jurisprudence qui se croirait en droit de le faire se mettrait en révolte contre la loi, bien loin d'en procurer l'application.

De ce que la méthode historique, dans son application au Code civil,

(1) Cf. Ed. LAMBERT, *Une reforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'Enseignement*, t. XL (ann. 1900, II, p. 240 et suiv.) ; et *La fonction du droit civil comparé* (I, p. 907 et suiv.).

(2) Voir cependant, dans cet ordre d'idées, un curieux arrêt déjà cité, avec note de M. Léon MICHEL (*supra*, p. 125, note 6).



a déjà fait et peut faire encore œuvre féconde, il n'en résulte pas qu'elle suffise à tout. Si l'on croit qu'une revision soit opportune, ce n'est pas au nom de la méthode historique qu'on aura le droit de s'y opposer. Il importait seulement de mettre en lumière ce fait capital que, grâce à elle, un Code très souple et étranger à tout parti pris de formalisme et de réglementation minutieuse, comme le Code civil français, a su évoluer dans le sens du développement scientifique et du progrès social.

Si l'on veut que le Code civil revisé et rajeuni se prête aux mêmes procédés d'évolution dans l'avenir, il faudra qu'il garde, sous sa forme nouvelle, les mêmes caractères de flexibilité et qu'il fasse la part aussi large, si ce n'est plus, à la libre et vivante appréciation du juge. Il faudra qu'il soit pour nous, non pas une loi nouvelle, qui vienne à nous comme une étrangère, mais notre loi nationale, c'est-à-dire le Code civil français restauré, se survivant à lui-même, et entrant, pour ainsi dire, dans une nouvelle carrière, dans l'ère nouvelle que lui ouvre le xx[e] siècle. Il restera bien encore le Code de la démocratie politique, tel qu'on a voulu le faire en 1804, mais imprégné désormais des idées sociales qui doivent caractériser la démocratie de 1904.

R. Saleilles.

J. CHARMONT & A. CHAUSSE
Professeurs à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier

Les Interprètes du Code civil

LES INTERPRÈTES DU CODE CIVIL

BIBLIOGRAPHIE

GUSTAVE BRESSOLLES, Etude sur les rédacteurs du Code civil (*Revue Wolowski*, 1852, t. 43, p. 357). — DE BEAUVERGER, Etude comparative sur la législation civile de la France (Académie des Sciences morales, t. 61 et 62). — MATHIEU, Le Droit civil français et ses Commentateurs (*Revue Fœlix*, t. V, p. 771). — LAFERRIÈRE, Histoire du Droit français (Introduction historique à la Table de la *Revue critique*, Paris, 1860). — RODIÈRE, Les grands Jurisconsultes. — LAURENT, Préface du cours élémentaire de Droit civil. — PLANIOL, Traité de Droit civil, Introduction, t. Ier, 3e édit., p. 47-51.

DUPIN, Eloge de Merlin (Discours de rentrée de 1839, Req. et plaidoyers, t. IV, p. 72). — MIGNET, Eloge de Merlin. — AUGUSTE MATHIEU, Eloge historique de Merlin.

DUPIN, Eloge de Proudhon (Discours de rentrée de 1839, Req. et plaidoyers, t. IV, p. 81). — TENAILLE, Eloge de Proudhon (Conférence des avocats de Paris, 1841). — DUMAY, Etude sur la Vie et les Ouvrages de Proudhon (Dijon, 1878). — Discours de M. F. DESSERTEAUX, à l'occasion de l'inauguration du buste de Proudhon (Dijon, 1891).

DUPIN, Eloge de Toullier (Discours de rentrée de 1835, Req. et plaidoyers, t. Ier, p. 92). — PAULMIER, Eloge de Toullier (Conférence des avocats de Paris, 1836). — DUVERGIER, Introduction à la 6e édition du Droit civil de Toullier. — EON, Etudes sur Toullier (*Annales de Bretagne*, t. VI, VII et VIII, années 1890-91-92).

DUPIN, Biographie abrégée des principaux auteurs de droit. — LAGRANGE, Examen critique du cours de droit français de Duranton, Paris, 1832. — DUFOUR, M. Troplong, son Œuvre et sa Méthode, Paris, 1869.

BROCHER, La vie et les Œuvres de Zachariæ (*Revue de Droit français et étranger*, 1868 et 1869).

MICHAUX-BELLAIRE, Notice sur Rau (*Revue générale de Droit*, 1877). — Notice sur Rau, FLACH, *idem* (*Nouvelle Revue historique*, 1877). — LE COURTOIS, *idem* (*France judiciaire*, 1877).

GRÉARD, Notice sur la Vie et les Travaux de Demolombe (Académie des Sciences morales et politiques, 1888). — JOUEN, Eloge de Demolombe (Rentrée solennelle des Facultés de Caen, 1888). — TOUTAIN (Discours aux obsèques de Demolombe).

POIRIER, Notice sur Laurent. — LAUCÈRE, Eloge de Laurent (*Belgique judiciaire*, 1888, p. 97). — VAXWEILER, Etude sur Laurent (*Flandre libérale*, 12 juillet 1902).

DE ROZIÈRE, Notice sur Demante (*Revue de Droit français et étranger*, 1857). — OUDOT, Notice sur Demante (*Revue critique de législation*, 1857).

BÉRENGER et GLASSON (Discours aux obsèques de Colmet de Santerre).

PAUL PONT, Notice sur Marcadé (*Revue critique de législation*, 1854).

MÉRIGNHAC, Notice sur Pont (*Revue critique de législation*, 1889). — FUSTEL DE COULANGES, Discours aux obsèques de Pont (Académie des Sciences morales et politiques, 1888, tome II).

HEROLD et CH. LYON-CAEN, Notice sur la vie et les travaux de M. Valette (Introduction à la publication de ses *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*,

2 vol., 1880). — NICOLET, Discours de rentrée, 1878, Un ami de la famille Valette (M. Perdreau, curé de Saint-Etienne-du-Mont); A la mémoire de M. Valette, 1878. — HUART, Notice sur M. Valette dans la *Nouvelle Revue historique*, 1879.

Discours prononcés le 31 juillet 1895 sur la tombe de M. Charles Beudant, Paris, 1895. — CAUWÈS, Notice nécrologique sur Charles Beudant (*Revue d'Economie politique*, avril 1896).

Discours prononcés le 13 février 1898 sur la tombe de M. C. Bufnoir, Paris, 1898. — F. DESSERTEAUX, M. Bufnoir (*Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, année 1898). — M. DESLANDRES, M. Bufnoir (*Revue de Droit public*, mai et juin 1898). — G. ALIX, M. Bufnoir (*Revue de l'Institut catholique de Paris*, mai et juin 1898). — X., M. C. Bufnoir (*Archivio Giuridico*, année 1898, vol. LX, fasc. 3).

On sait tout ce qu'ajoute aux chefs-d'œuvre littéraires l'action de la critique et du temps : la pensée primitive se continue, se développe, se transforme; chaque époque a sa façon de la comprendre et de l'interpréter; cette pensée suscite à son tour toute une littérature; le commentaire devient à la longue objet d'étude, et c'est presque un travail de découverte que de rechercher, sous ce fouillis de constructions, les assises, la forme première du monument. Les lois et surtout les Codes se transforment de la même manière : la collaboration des interprètes, de tous ceux qui sont associés à leur application, leur donnent une extension, une faculté de renouvellement qu'on est tenté de croire indéfinies, qui finissent pourtant par s'épuiser.

Préciser, apprécier cette collaboration, retrouver dans ce mouvement anonyme les traces de quelques-uns, les efforts et les tendances individuelles, n'est-ce pas entreprendre une tâche impossible et décevante ?

Les individualités qui ont attiré un instant l'attention s'effacent et cessent d'être visibles : ce qui les distingue, ce qui les oppose les unes aux autres insensiblement s'atténue, et ce qui frappe, c'est bien plutôt les ressemblances, les traits communs.

Est-ce que les juristes interprètes du Code civil n'ont pas à très peu près le même esprit, la même méthode?

Leur esprit, c'est celui de la classe moyenne de notre pays, éclairée, traditionaliste, en un certain sens libérale, considérant de bonne foi l'œuvre du Code comme une équitable et durable transaction.

Leur méthode est aujourd'hui connue : elle n'a rien de préparé, de concerté; on a dû, comme il arrive souvent, la pratiquer sans s'en rendre compte et d'une façon presque inconsciente : il a fallu pour l'analyser, la mettre en lumière, les beaux travaux de M. Gény. Elle consiste à rattacher à la loi écrite toutes les solutions des questions qui peuvent se présenter. Le juriste raisonne sur les données fournies par le législateur, qui est censé avoir tout prévu, tout réglé. Cette prévision n'est pas expresse : il

est bien évident qu'on ne pouvait pas concevoir toutes les hypothèses susceptibles de se réaliser. Mais les décisions indiquées par les textes s'expliquent par une idée, un principe directeur. C'est ce principe que l'interprète doit découvrir : son rôle est d'en dégager toutes les conséquences; ainsi la solution à laquelle on arrive dans chaque cas particulier logiquement dérive de la loi. Cette exagération de l'élément légal, cet abus des constructions logiques ont eu, comme l'a si fortement établi M. Gény, des conséquences très regrettables : les sources les plus fécondes du droit, celles qui le mettent en contact avec la vie, l'alimentent, le renouvellent insensiblement, ont été presque entièrement taries. On a donné la solution la moins satisfaisante à ce problème de tous les temps : concilier le respect et le progrès du droit. Le progrès était arrêté, entravé par une méthode qui rattachait à une conception surannée et immuable tout le cours et le mouvement des idées juridiques. Et pourtant le respect qu'on semblait avoir pour ces textes écrits n'était qu'une vaine apparence : car en réalité, le commentateur, à son insu et se trompant lui-même, créait ses principes et les prêtait au législateur pour leur procurer l'autorité qui leur manquait. Sans chercher à dissimuler le vice et les dangers de cette méthode, il faut ajouter cependant qu'elle n'a pas eu tous les résultats qu'elle devait et pouvait avoir : ces résultats ont été corrigés, tempérés par les qualités de la plupart de ceux qui suivaient cette méthode, leur esprit d'équité, leur mesure, leur sens pratique.

Les hommes ont eu dans cette occurrence plus de valeur que leur doctrine : ce qu'on pouvait craindre, c'est qu'une conception étroite et fausse de la légalité n'asservît et n'abaissât les caractères.

Le culte de la loi écrite, l'habitude de ne voir que le texte isolent le droit, le séparent des autres sciences sociales, en font un art inférieur. Le juriste finit par perdre le sens du juste et de l'injuste, de ce qui est humain et de ce qui ne l'est pas. Il ne juge pas la loi ; il l'aime pour elle-même, en appréciant surtout la symétrie, l'ordonnance, sans s'apercevoir de ce qu'elle a parfois de cruel ou de peu rationnel.

Cependant, comme le droit est avant tout une résultante, une donnée du sentiment, il n'a pas cessé d'être un puissant mobile d'action ; il a gardé la plus grande partie de sa valeur morale, il est resté pour un grand nombre d'hommes un idéal. Ceux qui l'ont pris pour règle de conduite et lui ont été fidèles ont donné de beaux exemples de courage, de dignité, de respect d'eux-mêmes et des autres. On pourrait citer bien des noms de juristes dont le caractère n'a pas été inférieur au talent : d'autres sans doute n'ont vu dans le droit qu'un expédient, une arme dont il est opportun de savoir se servir dans la lutte des classes et des partis. Beaucoup aussi se sont simplement persuadés que l'infidélité politique est souvent excusable, que servir son pays sous tous les régimes

est le devoir d'un bon citoyen. « M. Portalis, dit Mignet (1), en faisait une obligation fort commode à suivre, et à laquelle il ne manqua jamais. Il resta toujours fidèlement à son poste, et même il se laissa placer dans des postes meilleurs où ses talents rares lui permettaient de rendre des services plus grands ».

Mais même en faisant assez large la part des faiblesses, des défaillances, il est impossible de ne pas éprouver un sentiment d'estime respectueuse pour tant d'hommes qui ont fait honneur à l'éducation juridique qu'ils avaient reçue, et dans des fonctions souvent obscures ont servi plus ou moins consciemment la cause du droit.

Si l'on voulait résumer tout le mouvement des idées juridiques au cours de ce XIXe siècle, en donner avec exactitude une idée d'ensemble, il ne faudrait pas se contenter d'étudier les commentaires, les œuvres d'interprétation proprement dite. Il faudrait encore essayer d'apprécier l'influence des Revues, des monographies, de l'action professionnelle qui s'est exercée dans l'enseignement, le barreau, la magistrature. Très souvent les Revues ont ouvert une voie dans laquelle se sont engagés seulement un petit nombre de juristes : la mort ou le découragement les arrêtent à un certain point, mais la trace reste frayée ; on la retrouve, on la suit parfois longtemps après. Ainsi *la Thémis*, qui a paru de 1819 à 1830, n'a pas eu seulement le mérite d'initier la France aux travaux allemands, à la renaissance du droit romain. Son directeur, Jourdan, fort injustement oublié, a joué le rôle d'un initiateur. Ouvert à la philosophie et à l'histoire, il a tenté de les rapprocher du droit : il a suscité, encouragé l'étude critique des monuments de notre ancienne législation. Sous le Gouvernement de juillet, Fœlix et Bergson ont contribué à créer la science du droit international privé. Les conférences et réunions fréquentes de leurs principaux collaborateurs, Valette, Duvergier, Bonnier, Laferrière, ont provoqué des travaux, des échanges d'idées très fécondes. Ne trouve-t-on pas dans la *Revue Wolowski* la préoccupation des questions économiques et les premiers exemples de la méthode d'observation appliquée à l'étude du droit? La Revue critique, créée pour donner satisfaction aux exigences de la pratique, tend avant tout à considérer, suivant le mot de Demolombe, la science du droit comme une science d'application. *Multa renascuntur quæ jam cecidere*. Beaucoup de tendances qui nous paraissent caractéristiques de l'époque actuelle sont moins nouvelles qu'on ne le suppose. Elles ont souvent des causes lointaines. Ne voit-on pas aussi que l'influence d'un livre, parfois d'un simple article, d'une orientation d'idées, d'une méthode se prolonge ou ne se fait sentir que très longtemps après. Parfois cette influence se transmet de proche en proche, et l'on pourrait

(1) *Eloges historiques*, p. 254.



retrouver toute une série d'intermédiaires entre le point de départ et le point d'arrivée. C'est ainsi qu'agit ou que peut agir l'enseignement. Telle formule adoptée par la pratique, telle solution qui pénètre dans la jurisprudence ou dans la loi a peut-être été pour la première fois suggérée par une observation en apparence perdue dans un cours ou une note d'arrêts. L'action de certains professeurs qui n'ont pas beaucoup écrit, ne se sont pas associés à la préparation ou à l'application des lois, n'en a pas moins été très grande. Celle de certains magistrats, Troplong, Dupin, se comprend ou plutôt se manifeste mieux. Quand on lit par exemple la biographie d'un homme comme Dupin (1), quand on suit le *cursus honorum* de cette vie de *grand* bourgeois, la longue liste des titres et fonctions qui lui ont été conférés, des plaidoyers et réquisitoires qu'il a prononcés, des discussions auxquelles il a pris part, on se rend compte du prestige que donnaient à ses opinions ses succès professionnels, l'importance de ses fonctions, on s'explique sans peine son influence prédominante et prolongée sur la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de tous les Tribunaux. Il ne serait pas moins curieux de savoir quel a été le rôle du barreau dans la propagation, la diffusion des doctrines juridiques. Bon nombre de nos anciens jurisconsultes ont été des avocats : après Dumoulin, Guy-Coquille, Loysel, que de noms on pourrait citer, Duplessis, Basnage, Berroyer, de Laurière, Ricard, Renusson, Argou. Ceux mêmes qui dépensaient à la barre la plus grande partie de leur vie et de leur activité, réservaient un peu de leur temps aux travaux juridiques : c'était l'honneur d'un homme de loi que de fournir à la fin de sa carrière un livre qui représentait des années de recherche et de patiente préparation. Au XIX[e] siècle, les affaires ne laissent plus de répit : ceux qui s'y consacrent, s'y donnent d'ordinaire tout entiers. Ce n'est pas qu'on ne puisse signaler des exceptions très honorables : Marcadé, Duvergier, par exemple ; mais il semble bien que d'une façon générale la part du barreau dans l'élaboration des œuvres de doctrine tend à devenir plus restreinte. L'ancienne division des avocats consultants et avocats plaidants, après avoir survécu pendant un certain temps au changement de législation et d'organisation judiciaire, a presque entièrement disparu (2). L'habitude de plaider longuement le point de droit s'est également perdue. « Dans mes premières causes, dit Dupin (3), et avant d'avoir acquis cette expérience que donnent seules la pratique et une observation réfléchie sur les mérites et les fautes d'autrui et sur ses propres mésaventures, j'expliquais mon fait en peu de

(1) Notice biographique sur M. Dupin, par ORTOLAN, Paris, 1840.

(2) Eugène AVOND, *Le barreau moderne*, Paris, 1845.

(3) *Mémoires*. Introduction, p. 9. — Conf. BARBOUX, Discours du Bâtonnat, Paris, 1881, p. 10.

mots, d'une manière sèche, aride et fort peu travaillée. J'arrivais ensuite au droit; et fraîchement sorti des écoles, les citations des lois romaines, d'auteurs et d'arrêts ne manquaient pas. Les juges en paraissaient peu touchés. Les vieux avocats, au contraire, épluchaient leur fait, s'étudiaient à le présenter d'une manière favorable, cherchaient à prévenir les juges en faveur de leurs clients, combattaient le droit avec l'équité et soignaient surtout le chapitre des considérations : je m'aperçus de l'effet que cela produisait sur l'esprit des magistrats; ils sont hommes, ils ont aussi même à leur insu des passions et de la sensibilité ;... Je modifiai donc ma méthode ». Mais si l'on discute moins longuement les points de droit, on n'en supprime pas l'importance. On ne peut éviter que dans bien des cas le sort du procès dépende du parti qu'adopte le juge sur telle question controversée. Et par la force des choses, on substitue dans une certaine mesure à la discussion, l'autorité, celle des auteurs, et plus encore celle des arrêts. Les recueils d'arrêts, les répertoires alphabétiques fournissent aux avocats des décisions et des citations toutes prêtes à être utilisées.

Les noms s'opposent ainsi les uns aux autres et les opinions s'accréditent en raison de la renommée des auteurs. La durée, l'étendue, l'importance de ces réputations sont évidemment choses variables : quelques-unes ont été et sont restées prédominantes, celles de Demolombe et d'Aubry et Rau, par exemple.

Mais c'est d'un point de vue particulier que nous envisageons ce mouvement des idées, cette histoire des doctrines et de leur influence : c'est aux principaux commentaires, aux grands travaux d'interprétation du Code civil que nous devons exclusivement nous attacher.

On voudrait pouvoir les classer rationnellement d'après leur méthode et leurs tendances. Il est cependant difficile de s'y tromper. Il n'y a pas eu à proprement parler d'Ecoles; on ne peut guère noter que des variations, des préférences individuelles. L'interprétation des uns est plutôt littérale, celle des autres plus équitable; selon son tempérament, sa nature ou ses habitudes d'esprit, tel auteur s'adonne aux analyses minutieuses, tel autre se plaît aux vues d'ensemble; on fera la part de l'exégèse, celle de la systématisation. Presque tous ont des traits communs, qui ressortent nettement de cette observation de Troplong (1) : « Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit : aujourd'hui il faut l'étendre ». Il s'agissait au XVIIIe siècle de résumer une science encombrée, de la rendre plus simple, plus méthodique : c'est l'œuvre propre de Pothier. Les commentateurs du Code, au contraire, se trouvent en présence d'une règle

(1) *Traité du gage*, préf. p. XLI. — Conf. THÉZARD, Influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1866, t. XII, p. 279.



sèche, brève, destinée à suffire à tout : ils se donnent pour but de l'approfondir, la compléter, la développer.

S'il n'y a pas eu de véritables Ecoles, nous croyons pourtant qu'on peut distinguer plusieurs cycles, qui correspondent à peu près à des divisions par périodes de temps.

La première génération entreprend le travail qui s'impose au lendemain d'une codification : comprendre et appliquer la loi, préciser le sens exact des textes, leur portée, classer les hypothèses auxquelles le législateur a pensé, en prévoir d'autres susceptibles de se présenter. La jurisprudence n'existe pas encore : l'auteur ne peut utiliser que la tradition et les travaux préparatoires analysés et compulsés minutieusement.

Cette première œuvre achevée, les commentateurs abordent une autre tâche : retrouver les principes dont les textes n'ont fait qu'indiquer l'application, dégager les règles générales, les relier, les souder les unes aux autres, tisser une sorte de trame qui rattache, relie entre elles des solutions éparses. C'est l'œuvre de systématisation : c'est avant tout celle d'Aubry et Rau, la plus méthodique et la plus savante ; après elle, celle de Demolombe. L'interprétation du Code atteint alors son apogée. La première période était une sorte de transition : les commentateurs appartenaient par leur passé, leur éducation, au droit ancien et intermédiaire ; ils s'en inspiraient encore en étudiant le Code civil (1). Au contraire, dans la période suivante le Code est pour ainsi dire séparé du passé ; on l'envisage comme s'il avait toujours existé, comme s'il devait durer toujours. C'est le moment où les principes d'interprétation, dont nous avons parlé, s'appliquent avec le plus de rigueur.

Insensiblement, cependant, les idées se modifient, s'élargissent. Les résultats de la codification commencent à s'épuiser. Les études de pur commentaire excitent moins d'intérêt : on se lasse de reprendre le même travail pour le faire de la même manière. En même temps, la création de la Société de Législation comparée, l'évolution du droit et de l'économie politique vers l'observation sociale renouvellent les méthodes, ouvrent des horizons nouveaux. La doctrine applique cette méthode d'observation à l'étude de la jurisprudence : on s'attache à la comprendre, à l'expliquer, plutôt qu'à la discuter. Le juriste se sent également plus responsable de son opinion, plus préoccupé des conséquences sociales qu'elle peut avoir. On aperçoit les lacunes et les injustices de la loi : on est presque étonné de constater qu'elle porte la marque, l'empreinte de son origine ; faite par

(1) « Sous la Restauration, la difficulté était de faire goûter aux juges de cette époque ce qui n'était appuyé que sur des autorités modernes. Il fallait les servir à leur goût et remonter aux autorités de l'ancien régime : heureux quand on pouvait dire de tel article du Code qu'il n'était que la reproduction de l'ancienne coutume de Paris » (Dupin, *Réquisitoires et plaidoyers*, t. Ier, Préface, p. xv).



une classe, elle est trop souvent l'expression de ses préjugés et de ses intérêts. La diminution d'influence de cette classe n'entraînera-t-elle pas comme une conséquence forcée une transformation de notre droit privé ? Toutes ces questions sont celles qui troublent et passionnent l'époque actuelle : l'interprétation du Code devient à la fois comparative et critique, avec des tendances réformistes de plus en plus marquées. En essayant de caractériser cette interprétation, nous nous abstiendrons de citer des noms, ou plutôt nous ne rappellerons que les noms de ceux qui ont disparu et qui ont été les précurseurs ou les instaurateurs de ces méthodes.

I

La première période, qui commence à la promulgation du Code civil, comprend avec le premier Empire et la Restauration toute une partie du Gouvernement de Juillet : on peut, un peu arbitrairement, en fixer la fin à 1838 (1) ou 1840, le moment où commence l'époque la plus stable, la plus conservatrice du règne de Louis-Philippe. Ce qui fait, à notre point de vue, l'unité de cette période, c'est qu'elle embrasse toute une part de la carrière consacrée à la même tâche par les trois grands civilistes qu'on a coutume de rapprocher, Merlin, Proudhon et Toullier.

Sans prétendre assigner des rangs, on ne peut guère éviter de citer tout d'abord Merlin. Tenu, — sans qu'on puisse savoir exactement pourquoi, — à l'écart de la préparation du Code civil, en apparence, il appartient plutôt à la Révolution. Il en est le jurisconsulte : c'est lui qui l'a *légalisée*. Il n'a pas non plus publié de commentaires du Code : ses publications, ses travaux écrits, quels qu'en soient le nombre et l'étendue, ne représentent d'ailleurs que la moindre partie de son œuvre. Son influence n'en a pas moins été considérable : son autorité, sa situation, sa science et son extraordinaire puissance de travail ont fait de lui le metteur en œuvre de la nouvelle législation. « On le vit, dit Dupin (2), pendant treize ans, à la tête de la science par son érudition, servir de régulateur à la Cour suprême, préparer par ses réquisitions des arrêts qui n'étaient ordinairement que la sanction de ses opinions ». Et cependant Merlin n'était pas orateur ; il n'avait presque aucune des qualités qui font le succès de la parole publique ; il écrivait ses réquisitoires et les lisait d'une voix sèche et sans accent ; on ne saurait dire d'un homme dont la vie a été si tourmentée, mêlée à de si tragiques événements, qu'il était sans éclat, sans imagination, mais sa passion était toute intérieure; et l'on pourrait à

(1) Toullier meurt en 1835, Proudhon et Merlin en 1838 : en cette même année commence à paraître la 1re édition d'Aubry et Rau.

(2) Discours de rentrée de 1839, *Réquisitoires et plaidoyers*, t. IV, p. 75.

peine citer quelques cas dans lesquels elle s'est trahie (1). Mais bien peu de juristes ont été, au même degré que lui, logiciens, savants, hommes d'affaires. L'exposé et la discussion se poursuivent avec une admirable clarté, une logique serrée, enveloppante, à laquelle on ne voit pas qu'il soit possible d'échapper. Il passe en revue les solutions; pour et contre chacune d'elles, il énumère et pèse minutieusement toutes les raisons, ne néglige aucune objection, tient longtemps l'esprit de l'auditeur en suspens, et brusquement ajoute à l'un des plateaux le dernier poids, l'*ultima ratio legum*, qui fait incliner le fléau. Mais c'est surtout à l'universalité, à la sûreté de sa connaissance du droit qu'il doit la plus grande part de son autorité; élevé dans l'ancien droit et le droit romain, il a toujours gardé l'empreinte de son éducation. Lorsqu'il fait appliquer aux émigrés les mesures portées après la révocation de l'Edit de Nantes contre les réfugiés protestants, il emprunte à l'ancien régime les armes qu'il met au service de la Révolution. Après l'avènement d'un droit nouveau, il reste encore, en assumant la tâche d'assurer l'application des Codes, l'homme soucieux de la tradition : il entend ne pas rompre avec elle, s'en inspirer et maintenir à travers tous les changements de notre législation une certaine continuité. On lui a même reproché d'avoir trop obéi à cette influence du passé (2). Mais chez lui le traditionalisme s'allie presque toujours à la préoccupation du but, le souci de l'intérêt pratique. Il veut une solution qui soit à la fois justement déduite des principes, et adaptée aux exigences d'équité et d'utilité d'une situation particulière. Son vrai genre, selon

---

(1) Un de ses biographes raconte pourtant qu'un jour, à la fin de sa vieillesse, presque aveugle et paralysé, « consulté sur le sens d'une loi portée contre l'émigration, et dont la discussion avait à peine laissé trace au *Moniteur*, il recueillit ses souvenirs, fit parler les orateurs du haut de la tribune, ressuscita la discussion tout entière avec une énergie, une abondance et une fidélité qui tenaient du prodige, puis s'écria : « Et moi je dis qu'il s'agit de traîtres et d'ennemis de la patrie; que les règles ordinaires du droit n'ont rien à faire ici, et que la plus rigoureuse est la véritable interprétation de la loi ». MATHIEU, *Eloge de Merlin*, p. 26.

(2) Laurent, qui lui adresse ce reproche, cite comme exemple le parti pris par Merlin dans la question de la nullité ou validité des aliénations consenties par l'héritier apparent. Les principes et les textes sont en faveur de ceux qui n'admettent pas que ces aliénations puissent être validées. Merlin le reconnaît, mais soutient que la règle comporte une exception et pour justifier cette exception, il se réclame du droit romain (MERLIN, *Questions de droit* au mot Héritier, § III, t. VIII, p. 35. — LAURENT, *Principes*, t. IX, p. 644, n° 564). De même, Merlin se montre très formaliste en matière de testament; il n'y a point, à son avis, de disposition testamentaire valable sans *expressions* qui indiquent *manifestement* l'intention de disposer à cause de mort. Pourquoi ? parce que la tradition obscurcit pour lui le Code civil ; il perd de vue l'art. 895 et emprunte au droit romain sa notion du testament (MERLIN, *Répertoire* au mot Testament, sect. II, § IV, art. III, n° 1, t. 34, p. 118 et suiv. — LAURENT, *Principes*, t. XIII, p. 182, n° 176. — V. encore un autre cas, où Laurent fait à Merlin le même procès de tendance, *Principes*, t. 22, n° 395, p. 411).

le mot de Dupin (1), est celui de la *dissertation appliquée aux affaires*.

Proudhon n'a pas eu d'influence comparable à celle de Merlin ; sa situation était si différente ! Avocat, membre pendant la Révolution du tribunal civil du Doubs et même à un certain moment simple juge de paix du canton de Nods, en Franche-Comté, il trouve sa vraie voie dans l'enseignement lorsqu'il est nommé, en 1796, professeur à l'Ecole centrale de Besançon. Le droit représenté par une seule chaire n'était alors qu'une des matières secondaires enseignées dans les écoles centrales ; depuis la suppression des Universités au début de la Révolution jusqu'au rétablissement des écoles de droit par la loi de ventôse an XII, il y eut pour l'enseignement du droit comme un long interrègne. On s'initiait comme on pouvait aux études juridiques ; elles se conservaient comme une tradition dans les familles de praticiens ; quelques avocats se faisaient professeurs de leur fils (2) ou des fils de leurs amis ; un certain nombre de jeunes gens assistaient à des cours privés ou se groupaient autour de la chaire de législation instituée dans les écoles centrales. En l'an VIII, Proudhon publiait à Besançon le cours qu'il professait, sous ce titre : Cours de Législation et de Jurisprudence française sur l'état des personnes, — première ébauche d'une matière qu'il devait reprendre et traiter de nouveau quelques années après. En 1806, sa carrière est définitivement tracée : il s'éloigne de Besançon, qui n'a pas obtenu d'être choisie comme siège d'une nouvelle Ecole de droit ; il est désigné comme premier professeur de Code civil à l'Ecole de Dijon, dont il devint bientôt après directeur et doyen, et que pendant trente-deux ans, jusqu'à sa mort, il ne devait plus quitter. Toute cette longue et dernière partie de sa vie allait être entièrement consacrée à son enseignement et à ses travaux. L'idée première de Proudhon paraît bien avoir été d'entreprendre un commentaire complet du Code, assez simple, resserré dans d'étroites limites. Son Traité de l'état des personnes, qui paraît en 1809, répond à cette conception. De toutes les publications qui suivent d'assez près l'apparition du Code, c'est assurément la plus

(1) Discours de rentrée de 1839, p. 77.

(2) « M. Dupin (père) se fit le professeur en droit de son fils ; il lui fit un cours de droit romain. Au milieu du chaos de la législation française, dont une très grande partie se trouvait abrogée et n'était encore remplacée par aucun Code, M. Dupin prit pour base de l'enseignement du droit français les principes de jurisprudence de Prévot de la Jennès, contemporain et collègue de Pothier. Il corrigea les chapitres hors d'usage et qui avaient besoin d'être refaits... Après avoir enseigné à son fils la connaissance des principes, il sentit la nécessité de le faire passer immédiatement de la théorie à la pratique. Il apprit que M. Pigeau, célèbre depuis longtemps par son grand ouvrage sur la procédure civile du Châtelet, vivait encore et qu'il faisait des cours particuliers ; il y envoya son fils et bientôt le plaça chez un avoué » (Notice sur Dupin, par Ortolan, p. 9 et 10. — V. aussi d'intéressants détails sur l'enseignement privé du droit à Rennes, dans les Etudes de M. Eon sur Toullier, *Annales de Bretagne*, t. VII, p. 13 et 29).

importante et celle dont l'influence paraît avoir été la plus durable : cette influence fut, il est vrai, renouvelée, prolongée, par Valette, qui avait avec Proudhon une certaine analogie d'esprit, et qui, séduit par ce Traité, le réédita en 1842 en le rajeunissant et le complétant par ses notes et ses observations. Mais en passant, suivant l'ordre du Code, des personnes aux choses et aux biens, Proudhon modifia sa méthode : son indépendance et sa curiosité, son besoin d'aller à la découverte des difficultés, se pliaient assez mal à la discipline, aux divisions un peu étroites des commentaires. Il se cantonna dans le second livre du Code, s'en appropria la matière, et se prit à l'envisager sous tous ses aspects. Son Traité des Droits d'usufruit, d'usage et de superficie, plus encore peut-être son Traité du Domaine public, lui font une place à part parmi les interprètes du Code (1). Aucune autre œuvre n'a d'aussi solides et puissantes assises ; rien ne la caractérise comme ce mot de Proudhon lui-même, qui était pourtant sans prétention : « Mon livre, disait-il en parlant de son Traité de l'Usufruit, c'est comme ma maison de campagne, des murs de six pieds d'épaisseur » (2). C'est bien, en effet, le monument d'une science et d'un travail incomparables : l'auteur est vraiment un de nos grands jurisconsultes, un de ceux dont l'œuvre donne la mesure de ce que peuvent la puissance d'application et l'effort d'une longue vie. Si Proudhon n'a pas eu l'influence au moins immédiate de Merlin, il est presque son égal par la valeur de ses travaux et lui est sûrement supérieur si l'on compte pour quelque chose la bonté, la conformité de l'action et de la pensée.

Toullier n'a pas eu au même degré les vraies qualités du juriste, l'étendue et la fermeté du raisonnement, la sûreté des doctrines ; c'est un guide auquel il est souvent dangereux de se confier ; et quoiqu'on hésite à tracer une limite entre ce qui est dissentiment et ce qui est erreur, il y a bien des cas où l'on ne peut éviter de reconnaître que Toullier s'est trompé (3). Il n'en a pas moins le mérite d'avoir entrepris le premier, et dans les conditions les plus difficiles, un grand travail d'ensemble. « Le jurisconsulte

---

(1) Il est bon de rappeler d'ailleurs que le Traité du domaine ne s'enferme pas dans les limites du droit civil ; il embrasse un grand nombre de questions qui sont aujourd'hui classées dans le droit administratif. Ce droit est l'œuvre de la jurisprudence bien plus que celle de la doctrine : mais cette jurisprudence a été préparée ou systématisée par les auteurs. Proudhon est un de ceux qui ont joué le rôle d'initiateur ; ce n'est pas un de ses moindres mérites (V. DESSERTEAUX, Discours prononcé à l'occasion de l'inauguration du buste de Proudhon, Dijon, 1891, p. 21. — Conf. HAURIOU, *Précis de dr. administratif*, 5e éd., p. IX et 577).

(2) F. DESSERTEAUX, Discours précité, p. 22.

(3) Ainsi, dans la fameuse controverse entre Toullier et Du Caurroy sur la distinction des tiers et des ayants cause, Toullier est plus sympathique, mais c'est lui qui se trompe et c'est Du Caurroy qui a raison (V. la lettre de M. Gabriel DEMANTE, Dupin aîné et Du Caurroy, *Revue critique*, 1894, p. 55. — Conf. EON, Toullier et son temps, *Annales de Bretagne*, t. VIII, p. 170, n° 1).



sous l'Empire, a dit Laferrière (1), est l'avocat qui plaide les faits avec éloquence, rédige des consultations sur des intérêts privés, mais se renferme pour le droit dans les limites de l'exégèse et puise principalement son argumentation dans l'esprit du Code civil de Locré, dans les motifs exposés au Corps législatif ou quelque extrait incomplet des procès-verbaux du Conseil d'Etat... Quant à l'Ecole, elle était muette ou ne produisait que des institutes élémentaires ; toute intelligence de l'histoire et de la philosophie, dans leurs rapports avec le droit, semblait avoir disparu ». L'apparition du premier volume de Toullier, en 1811, est comme une sorte de réveil : c'est une renaissance de la doctrine, ensevelie sous le poids de la codification. Napoléon, qui ne voyait dans le droit que des textes se suffisant à eux-mêmes, des prescriptions impératives s'imposant à l'obéissance, croyait en avoir fini avec les commentaires et les voit reparaître avec une surprise irritée. Ce qu'il sent bien, en effet, c'est que l'opinion et surtout celle des gens de loi, qui ne paraissent occupés que de leur tâche professionnelle, ne reste pas indifférente à l'appel qu'on lui adresse : on ne s'imagine pas volontiers qu'un livre de droit d'esprit si mesuré, si tranquille, expurgé par la censure, ait excité un intérêt si passionné. On peut cependant s'en rendre compte en parcourant les comptes rendus, les mémoires, les lettres des correspondants de Toullier (2). Chaque volume nouveau est impatiemment attendu ; les éditions se succèdent à de courts intervalles (3). Et pourtant, bien qu'on ait peine à citer des travaux de même nature et de telle étendue auxquels les praticiens aient fait si bon accueil, il est permis de penser que les meilleures qualités de Toullier se sont heurtées à la résistance de son milieu et de son temps et n'ont pas pu se développer pleinement. Indépendant d'esprit et de caractère, il avait un idéal élevé et souffrait de ne pouvoir le réaliser que très imparfaitement. En 1808, il écrivait à Lanjuinais : « Nos écoles (4) devraient être le premier noviciat des jurisconsultes, des magistrats et des législateurs. Nous devons donc y examiner la justice et le fondement des dispositions de la loi, afin qu'on puisse la porter au degré de perfection qu'elle

(1) *Histoire du dr. français*, t. II, p. 542.

(2) « C'est le seul livre de jurisprudence, écrit Rolland de Villargues, dont la lecture m'attache, me passionne ; j'ose vous le dire aussi, ce ne sont pas seulement des lecteurs que vous avez, vous faites des prosélytes. Nos jeunes avocats parlent aujourd'hui comme *un livre*, comme le vôtre... Vous avez opéré notoirement (et par conséquent sans qu'il y ait ici d'éloge) une véritable et utile révolution, en ramenant le goût de la science, en la faisant aimer » (EON, *loc. cit.*, *Annales de Bretagne*, t. VIII, p. 179).

(3) En 1824, au moment où paraissait le 12ᵉ volume, on annonçait la 4ᵉ édition des onze premiers. D'autres éditions ont été publiées après la mort de Toullier : la bibliographie de Dramard mentionne en outre deux traductions, l'une en allemand, l'autre en italien, et plusieurs contrefaçons belges.

(4) EON, *loc. cit.*, *Ann. de Bretagne*, t. VII, p. 164.

doit avoir. Je ne sais si je m'exagère les devoirs de ma place. Les odieux règlements de nos anciens inspecteurs cherchaient à nous avilir en nous réduisant à l'humiliante condition de manœuvres obscurs, travaillant sous leur férule à extraire et préparer des matériaux pour les livres élémentaires dont nos maîtres se réservaient le profit et l'honneur. J'espère que le régime académique nous lavera de cette infamie. Je crains pourtant que l'intérêt et la dignité de nos écoles soient mal soutenus dans le conseil du Grand Maître ». Toute sa vie, il a payé le prix de cette indépendance ; tous les régimes sous lesquels il a vécu lui ont témoigné à certains moments leur hostilité et presque toujours leur défiance. Sous l'ancien régime, agrégé aux Facultés de droit de Rennes, nous le voyons déjà signalant les abus, réclamant des réformes, délégué par ses collègues auprès du Chancelier pour protester contre une atteinte à la loi du concours, à l'occasion de la nomination d'un professeur. Son attitude et ses opinions l'associent aux premières entreprises de la Révolution ; il exerce de modestes fonctions dans l'administration du district de Rennes, mais quand ces fonctions troublent sa conscience il se démet, se désignant lui-même aux soupçons, obligé de se cacher et n'échappant qu'à grand'peine à ses persécuteurs (1). Sous l'Empire, il prononce, lors de l'installation de l'Ecole de Rennes, un discours qui n'était pas fait pour plaire au Maître du jour et qui débute ainsi : « Pour être véritablement grand (2), ce n'est pas assez d'avoir étonné le monde par des exploits guerriers, vaincu des nations et changé la face des Empires. Les guerriers et les conquérants n'ont trop souvent été que le fléau du genre humain, lorsqu'il leur a manqué les vertus nécessaires pour faire le bonheur des hommes ». Il encourt la malveillance de ses inspecteurs généraux en refusant obstinément de communiquer ses cahiers : on sait que le règlement prescrivait aux professeurs de commencer leur cours par une dictée d'une demi-heure, et l'on avait eu la singulière idée de demander à chacun d'eux communication de ces leçons écrites, pour composer en les mélangeant une sorte de Manuel à l'usage des étudiants. Toullier jugeait humiliant de se soumettre à cette mesure ; il n'entendait pas renoncer au droit de publier son cours, et malgré Lanjuinais qui lui prêchait la patience et lui conseillait d'obéir, il persista dans son refus. La publication de son Traité devait l'exposer à des difficultés plus graves : le premier volume comprenait une partie consacrée au droit public, et Toullier non sans courage s'élevait contre les dispositions de la Constitution, des sénatus-consultes et des décrets, qui rétablissaient plus ou moins ouvertement l'arbitraire dans la justice, et mettaient les droits individuels à la discrétion du pouvoir. La censure ne

(1) Eon, *loc. cit.*, t. VI, p. 470.
(2) Eon, *loc. cit.*, t. VII, p. 38.

laissa pas passer ces réflexions et l'auteur dut les supprimer sous peine de se voir refuser l'autorisation de publier son livre. Sous la Restauration, Toullier dut compter avec d'autres passions, d'autres formes d'intolérance. Il avait signé le premier, avec d'autres avocats et professeurs de Rennes, une consultation en faveur du général Travot, traduit devant un conseil de guerre : le président de ce conseil, ennemi personnel de Travot, dénonça comme fauteurs de troubles les signataires de la consultation. Deux d'entre eux furent arrêtés. Toullier ne fut pas inquiété, mais fut tenu désormais pour suspect : peu de temps après, à la suite d'un incident qui se produit à la Faculté et dans lequel sa responsabilité n'est pas engagée, il est suspendu de ses fonctions de doyen ; en même temps, un de ses collègues, Legraverend, est révoqué. On nous excusera d'avoir cru devoir rappeler ici quelques-unes des particularités d'une vie si honorable : elles sont en effet de nature à nous éclairer sur le caractère et les sentiments de Toullier, sur l'idée qu'il se faisait du droit, de la légalité, sur la façon dont il comprenait ses devoirs de juriste. Son Traité se distingue par des qualités qu'on a souvent comparées à celles de Pothier : la simplicité, la netteté d'exposition, une sorte de charme discret. Les différentes parties ont, il est vrai, une valeur inégale : les premiers volumes sur les personnes ne font pas encore présager l'importance de l'œuvre : l'âge et la fatigue se trahissent dans les derniers. Mais la distinction des biens, les successions, donations et testaments et surtout les obligations constituent la partie principale, de beaucoup la plus remarquable, celle qui donne la mesure de l'auteur, de la plénitude de sa pensée et de son talent.

Toullier, Proudhon étaient tous deux des *provinciaux* : les grands noms de la seconde période, ceux d'Aubry, de Rau, de Demolombe, appartiennent aussi à la province, qui travaille plus obscurément, mais peut revendiquer pour elle les œuvres de longue haleine, qui ont eu le plus de durée et d'influence. Mais Paris n'a jamais cessé d'être le centre d'échange des idées : c'est là qu'elles viennent aboutir, s'opposent les unes aux autres, subissent l'épreuve de la discussion et de la critique et reprennent, en se dispersant, toutes les directions. Après l'apparition d'un volume de Toullier, on attendait le compte rendu de *la Thémis*, rarement bienveillant et quelquefois injuste. Il y aurait injustice aussi à ne pas citer, à l'honneur de l'Ecole de Paris, d'importants travaux consacrés au commentaire du Code civil, estimables, et de valeurs d'ailleurs très inégales.

Delvincourt eut à la fois le mérite et la mauvaise fortune d'ouvrir la voie : « Entré le premier dans la carrière, dit-il dans son avertissement, je ne pouvais consulter l'expérience » (1). Appelé, en l'an XIII, à la

(1) *Institutes de dr. français*, 2e édit., p. 111.



première chaire de Code civil de l'Ecole de Paris, il publie en 1808, trois années après, ses *Institutes de droit civil français*. C'est un guide destiné aux étudiants, sorte de paraphrase du Code, résumé méthodique de ses dispositions, rédigé sur le modèle des Institutes de Justinien. Né en 1762, Delvincourt avait appartenu comme agrégé à l'ancienne Faculté de Paris, et ses Institutes ne sont que la reproduction des cahiers de dictées faites à ses élèves suivant l'usage des professeurs de son époque (1). Au cours de ses éditions successives, son livre subit une sorte de transformation : on a quelque peine à reconnaître dans leur gros format et leur titre nouveau de *Cours de Code civil* (2) les anciennes *Institutes*. L'auteur cependant se borne souvent à développer ou compléter ses explications sous forme de renvois et longues notes rejetées à la fin du volume. Cette disposition très incommode pour le lecteur et que Dupin lui a souvent reprochée, la sécheresse d'un style incolore et sans vie ont peut-être fait oublier trop vite les qualités de ce premier commentaire complet du Code, précis et très judicieux.

Le crédit et l'influence de Delvincourt, très marqués sous l'Empire et pendant la première partie de la Restauration, déclinent et s'effacent rapidement avant la fin de sa vie (3); la dernière édition de son œuvre est celle de 1824; l'année d'après, commençait à paraître le grand ouvrage d'un de ses collègues, dont la réputation devait éclipser la sienne, le *Cours de droit français* de Duranton.

Alexandre Duranton, né en 1783, mort à 83 ans, après avoir été de 1820 à 1856 professeur à la Faculté de Paris, a laissé le souvenir d'une longue et laborieuse carrière que le souci de son enseignement et de ses publications emplit tout entière. Dans une belle allocution prononcée à l'occasion de ses obsèques, Jules Favre, qui avait été son élève et qui l'aimait, montre d'une façon saisissante tout ce que ses qualités personnelles, sa bonté, son désintéressement, sa sincérité ajoutaient à l'autorité, à l'influence de ses travaux. « Exact à chacune de nos assemblées, il était l'honneur et le doux ornement de nos fêtes de famille. Son regard fin et bienveillant y cherchait, en remontant la pente des générations groupées autour de lui, ceux qui avaient été ses élèves : ceux-ci le retrouvaient affable et bon comme dans sa chaire, et tout pénétré d'une religieuse ardeur pour la science juridique à laquelle il avait dévoué sa vie ! C'est qu'il y avait en lui deux qua-

(1) « La loi de notre organisation nous imposait l'obligation de dicter pendant une partie de la leçon, et d'expliquer ensuite ce que nous aurions dicté. Je crus donc adopter les vues du législateur, en adoptant un plan tel que la dictée fût l'exposé des principes établis par le Code, ou plutôt qu'elle fût le Code lui-même disposé d'une manière convenable pour l'enseignement et que l'explication ne fût que le développement de la doctrine contenue dans la dictée » (Delvincourt, *Institutes*, Avertissement, p. IV).

(2) 5e éd., 3 vol. in-4°, Paris, 1824.

(3) Il meurt en 1831.



lités éminentes qui faisaient son originalité et sa force : la conviction et la simplicité. Elles éclairaient ses leçons d'un reflet singulier, et leur donnaient ce charme caché qui accompagne tout ce qui est honnête et vrai. L'art des interprétations subtiles eût troublé sa conscience naïve, qui ne connaissait d'autre guide que le bon sens et l'équité » (1). On pourrait, s'il était besoin, invoquer d'autres témoignages, celui de Valette, par exemple, qui a si souvent affirmé son estime et son respect pour Duranton (2). De lui comme de beaucoup d'autres, mais surtout des juristes de son école qui est en réalité celle de Pothier, on peut dire que les traits de leur caractère révèlent leurs principes et leur méthode mieux encore que leurs écrits. Ainsi, ces écrits paraissent manquer totalement d'esprit philosophique : sur l'idée du droit, le fondement et l'autorité de la loi, la légitimité de la propriété, on ne trouve rien ou presque rien. Mais leur philosophie se retrouve dans leur vie : elle découle du sentiment, plus que de la raison ; c'est une croyance. « M. Duranton, dit Valette (3), a cru devoir, et nous l'en félicitons, traiter le droit comme ont fait Dumoulin, Domat, Pothier, et tant d'autres grands jurisconsultes de l'ancienne école (4), prenant pour point de départ les notions usuelles de la métaphysique et de la morale, et concentrant leurs travaux sur les objets du droit proprement dit ». La même observation s'applique à la méthode d'interprétation : elle n'a pas été conçue *a priori* ; elle n'est exposée ni formulée nulle part. Elle est plutôt une habitude d'esprit, une tendance à concilier honnêtement le respect de la loi et le souci de la tradition, l'équité et les exigences de la pratique. « Ce qui caractérise la méthode de M. Duranton (5) et devait assurer à son livre un succès durable, c'est une rare sagacité à combiner et à fondre ensemble la partie scientifique du droit ancien et moderne, avec les résultats pratiques, fournis par la jurisprudence ». La qualité maîtresse d'un tel esprit, c'est le jugement (6) : il pèse avec soin et sans partialité toutes les raisons qui s'opposent les unes aux autres, les apprécie à leur juste valeur. C'est pour cette qualité que les hommes d'affaires ont le plus de

---

(1) Jules FAVRE, *Plaidoyers politiques et judiciaires*, t. II, p. 451.

(2) « M. Duranton a toujours vécu, retiré au milieu de ses livres, ne sollicitant rien des puissances de la presse, enfin tout à fait ignorant des mille petites ressources, qui constituent ce qu'on peut appeler le savoir-faire des auteurs. En réalité, il n'en avait nul besoin, non plus que de l'hommage que vient lui rendre dans cet article un de ses collègues, chargé, comme lui, de l'enseignement du droit civil » (VALETTE, *Revue Fœlix de droit français et étranger*, t. Ier, p. 632).

(3) *Loco citato*, p. 628.

(4) *Veram philosophiam, non simulatam affectantes* (fr. 1, § 1er, *D. de justitia et jure*, l. 1, t. I).

(5) VALETTE, *loc. cit.*, p. 626.

(6) V. un compte rendu de Paul PONT sur la 4e édit. du *Cours de dr. français* de Duranton (*Revue de législation Wolowski*, t. XIX, p. 678).

considération : elle est pour eux la forme utile de l'intelligence, et c'est ce qui explique le crédit que conquit et garda longtemps dans le monde du Palais l'ouvrage de Duranton. On ne s'étonnera pas davantage de trouver dans les différents comptes rendus qu'on lui consacre des critiques qui se contredisent. Les caractères, très mesurés, qui cherchent une transaction entre des opinions extrêmes, ne peuvent d'une manière absolue en satisfaire aucune. Lagrange, qui a consacré tout un volume à l'examen critique du cours de Duranton, lui reproche de manquer de vues générales, de suivre de trop près les textes ; Bonnier (1) tend plutôt à penser que la jurisprudence est mentionnée par lui avec une trop grande complaisance. Il semble bien qu'aucun de ces reproches ne soit fondé. Duranton fait grand cas de la jurisprudence ; il en tient compte plus que ne le faisaient ses devanciers, mais garde son indépendance. Il est avec la doctrine contre les arrêts dans la question de la validité des actes passés par l'héritier apparent (2) ; il résiste avec énergie aux concessions qui devaient amener la Cour de cassation à l'abandon des principes développés dans l'arrêt Larroque, de Mons, et à la consécration du système du cumul de la quotité disponible et de la réserve au profit du successible renonçant (3). Ce qui mérite encore d'être noté, c'est son désir constant de ne pas séparer le passé du présent : il n'est pas historien mais il est traditionaliste. Sa science est souvent en défaut ; il s'est parfois très grossièrement trompé (4), mais il a toujours eu, comme Valette, la préoccupation de la « durée persistante de l'ensemble du droit civil français ». C'est là, nous l'avons dit déjà, empruntant une observation de M. Gény (5), un sentiment commun aux premiers commentateurs du Code civil.

A cette même école d'interprètes, et par la même tendance se rattache encore un jurisconsulte qui, par sa vie, appartient plutôt à la génération qui suit, mais reste très particulier, très différent d'elle : nous voulons parler de Troplong, né en 1795, mort en 1869. Sainte-Beuve (6) se demandait si Prévost-Paradol ne s'était pas trompé d'époque, et par la pensée refaisait sa vie, en la supposant commencée vingt ans plus tôt. On ne reprochera pas à Troplong d'avoir commis la même erreur : il a vraiment trouvé le temps et les régimes qui convenaient à son caractère, à ses

(1) Article de Bonnier sur l'examen critique du *Cours de dr. français* de M. Duranton, par J. Eug. Lagrange (*Revue de législation Wolowski*, t. II, p. 61).

(2) T. I, 4e édit., n° 578 *bis*.

(3) T. VII, n° 258.

(4) « Que dire en voyant un homme aussi éminent que M. Duranton s'oublier au point d'écrire, dans la note de la page 200 du tome XI de son *Cours de droit français*, qu'Irnerius était chancelier d'Alaric, roi des Lombards ! » (Esbach, Introduction à l'*Etude du droit*, 3e éd., p. 429, *in fine*).

(5) *Méthode d'interprétation*, n° 9, p. 20.

(6) *Nouveaux lundis*, t. Ier, p. 161.

qualités d'esprit, et même à ses défauts : il en a tiré un très brillant parti. Débutant dans des conditions très modestes, sans relations et sans fortune, de bonne heure obligé de prendre un petit emploi pour vivre, il fit seul ses études de droit, et « n'eut (1), dit un de ses biographes, d'autres maîtres que les vieux livres qu'il rencontrait par hasard dans d'obscures bibliothèques ou chez des brocanteurs ». Cette autodidaxie développa sa personnalité, le rendit différent de ceux qui avaient reçu l'éducation commune, le familiarisa avec d'anciens auteurs que les juristes de son époque ignoraient ou délaissaient. Ses années de jeunesse furent ainsi laborieusement et silencieusement employées : il amassa des matériaux, multiplia ses recherches, et prépara, longtemps avant de les publier, des travaux très nourris, très étendus, très développés, qui parurent presque coup sur coup. Au Commentaire de la Vente, édité en 1833, succèdent dans les deux années suivantes les Privilèges et Hypothèques, la Prescription. Se proposant, comme le faisait Duvergier, de continuer l'œuvre de Toullier, Troplong s'attache à commenter à partir de la Vente tous les titres du Code civil, consacrant à chacun d'eux un ou plusieurs volumes. Et quand cette tâche accablante est achevée et qu'il est arrivé à l'apogée de sa carrière, il reprend des matières que Toullier avait déjà traitées, le Contrat de Mariage, les Donations et Testaments. Tous ces travaux n'ont pas assurément une valeur égale : « Il vint un jour, dit Rodière (2), où Troplong eut épuisé les provisions de sa jeunesse, et ses publications, cependant, ne discontinuaient point ». Elles semblent faites surtout pour entretenir la grande notoriété de l'auteur, mais n'ajoutent rien à son mérite. On le sent entouré de collaborateurs ; il n'est vraiment lui-même que dans ses préfaces, où l'on retrouve cette abondance de vues, cette allure vivante, ce mouvement, ce style imagé, qui avaient fait le succès de ses premiers ouvrages.

On a beaucoup parlé de sa méthode : elle a été très discutée (3), attaquée par les uns, défendue par les autres, mais il est plus facile de la louer ou de la critiquer que de la décrire. Elle n'est systématisée qu'en apparence, elle comporte en réalité beaucoup d'indépendance ; l'auteur s'y soumet, quand il lui plaît, et nous déconcerte souvent par ses contradictions.

Il est grand partisan du commentaire et fait l'éloge de l'exégèse ; à l'en

(1) Rodière, *Les grands jurisconsultes*, p. 485.
(2) *Loc. cit.*, p. 487.
(3) V. notamment Dufour, M. Troplong, son Œuvre et sa Méthode, Paris, 1869. — Valette, Observations sur le Commentaire du titre de la Vente, par M. Troplong (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. II, 1835, p. 443 et s., et t. III, 1836, p. 277, reprod. dans les *Mélanges de dr. et de jurisprudence*, publiés par Herold et Ch. Lyon-Caen, t. I, p. 529).



croire, c'est la forme qui impose au juriste le plus de sujétion, l'empêche de s'éloigner du texte qu'il explique. « J'aime à le voir, dit-il, soumis à ces entraves dont l'auteur d'un traité se félicite d'être affranchi ». Il en prend pourtant fort à son aise, se donne volontiers libre carrière, ouvre des parenthèses, s'engage dans des digressions et discussions qui n'ont qu'un rapport lointain avec l'explication du texte. Le traité, qui suppose un plan, des divisions, qui enferme les développements dans une sorte de cadre, n'est-il pas plus gênant que cette façon d'entendre l'exégèse ?

Il ne se soumet pas volontiers à l'autorité des arrêts, n'abdique pas son libre examen et fait profession de ne s'attacher qu'au texte. Il déclare dans un passage souvent cité (2), que « l'équité *cerebrine* est le plus grand des dangers ; elle brise toutes les barrières, elle ôte toute confiance, elle laisse les justiciables sans boussole et sans guide ». Mais quand il lui arrive de combattre une doctrine fondée sur un texte, il parle avec dédain (3) de ces légistes méticuleux qui « s'attachent à l'écorce des mots » et qui sont plus préoccupés « du matérialisme d'une formule légale, que des grandes vérités de la morale ».

C'en est assez pour qu'on soit autorisé à se défier de ses moyens de discussion ; il ne faut pas pourtant donner trop d'importance à ses contradictions ; bien rares sont ceux qui n'encourent pas le même reproche. La vérité est que Troplong était à la fois passionné et préoccupé du but ; il avait une tendance à subordonner les motifs à la thèse.

Ce qu'il eut de plus remarquable ce fut sa conception du droit : il l'envisage dans ses rapports avec les autres sciences sociales, il a le sentiment de ses développements successifs, le désir de remonter aux sources, de suivre l'évolution d'une institution, de trouver à l'étranger des termes de comparaison ; il sent également qu'il faut chercher hors de la loi la justification de son autorité, que nous ne lui reconnaissons cette autorité que lorsqu'elle s'impose à notre raison et à notre conscience. Il est ou plutôt voudrait être à la fois jurisconsulte, historien, économiste et philosophe. C'est ce qui le distingue des juristes de son époque dont l'horizon est beaucoup plus étroit; il est pour ainsi dire en avance sur sa génération. Malheureusement, la réalisation reste très inférieure au rêve. Sa connaissance du passé est abondante, mais pas toujours très sûre ; elle manque de méthode, de direction, c'est celle d'un homme qui a beaucoup lu, beaucoup noté et compilé, mais n'a jamais appris le métier d'historien. En économie politique, en philosophie, ses vues sont faussées par le parti pris, l'optimisme avec lesquels il juge « l'état actuel, qu'il considère

(1) Préface de la Vente, p. IX.
(2) *Contrat de mariage*, t. III, n° 1543, p. 55.
(3) *Donations*, t. III, n° 1348.

comme le triomphe définitif de l'équité naturelle sur les formes antérieures » (1), — le régime sous lequel il vit et qui a fait de lui un des grands personnages de la magistrature et de la politique. Le droit dont le Code civil est l'expression lui paraît « le plus parfait, le plus digne d'un peuple civilisé, qui ait jamais été écrit... » (2). « Si le Code a opéré la fusion des idées anciennes avec celles de la Révolution, s'il est empreint de cet éclectisme qui est la philosophie du XIXe siècle, c'est principalement à Napoléon qu'il faut en attribuer l'honneur » (3).

L'influence de Troplong fut grande, à un moment donné : ses livres, ou tout au moins ses préfaces, n'excitaient pas seulement l'intérêt des spécialistes, mais l'attention de tout le public éclairé. Il avait presque réussi à introduire « le droit dans la littérature ». Les hautes fonctions qu'il occupait contribuaient à donner à ses opinions, souvent paradoxales, un ascendant qui leur valut un succès, d'ailleurs éphémère. Les vrais juristes restaient défiants et presque hostiles : les critiques de Valette sur le commentaire de la Vente étaient si serrées, si pénétrantes, que la Revue qui les publiait croyait devoir elle-même en excuser « l'extrême sévérité ». S'il est vrai que la fortune de Troplong fut supérieure à son mérite, peut-être que la réaction qui a suivi et le discrédit dans lequel il est tombé plus tard, eurent aussi quelque chose d'injuste.

II

On ne rend pas suffisamment hommage au mérite des premiers commentateurs qui accomplirent patiemment et laborieusement la tâche ingrate qui s'imposait à la doctrine, dès la promulgation du Code. Leurs ouvrages ne sont plus lus, c'est à peine si on les consulte. Les générations suivantes, oublieuses des services rendus, n'ont retenu que les erreurs, souvent bien excusables, que ces traités contiennent. Quant aux idées justes et fécondes que l'on y rencontre à chaque pas, elles sont devenues le patrimoine commun, définitivement acquis à la science, et l'on ne prend plus la peine de désigner la source où l'on a puisé les vérités que ces juristes avaient mises en lumière.

Les premiers interprètes s'étaient appliqués à pénétrer, à l'aide des procédés ordinaires de l'investigation, le sens des articles du Code qu'ils suivaient pas à pas afin de mieux saisir la pensée du législateur. Cette méthode du commentaire, prenant les textes un à un pour base de ses développe-

(1) CABANTOUS, *Traité de la Vente* de M. Ch. Duranton, Troplong et Duvergier, *Revue Wolowski*, t. II, p. 434.

(2) Préface du *Traité de la Vente*, p. XIII.

(3) *Loc. cit.*, p. XX.

ments, était particulièrement propre à élucider leur signification, sinon à fixer leur portée exacte. C'était là, d'ailleurs, une direction à peu près inévitable, imprimée à la doctrine par l'œuvre du Consulat. La codification avait donc enfanté une école de glossateurs et remis en honneur les procédés analytiques. Toute tentative de synthèse eût été prématurée à cette époque, elle aurait eu un fâcheux résultat, en raison de la tendance naturelle à cette méthode de se rendre indépendante des textes: c'est que les juristes, fortement imbus de l'esprit de la législation antérieure, auraient subi trop aveuglément l'influence du passé et méconnu les changements que le Code s'était donné pour tâche de réaliser.

Mais on ne tarda pas à constater que l'interprétation étroite des textes présentait des lacunes et des dangers; l'ensemble de la doctrine échappe quand on l'aborde exclusivement par les détails; l'esprit ne discerne pas aisément les liens qui rattachent les unes aux autres les diverses institutions juridiques ainsi que les idées directrices qui donnent à l'œuvre son unité. Ces imperfections de la méthode exégétique ne furent pas aperçues tout d'abord. L'établissement du nouveau régime avait fait concevoir l'espérance trompeuse de la stabilité des relations juridiques. On se berçait de l'illusion que le Code civil pouvait fournir la solution de toutes les difficultés que la pratique ferait surgir. Ces difficultés n'étaient pas très nombreuses, car on était sous l'influence des conditions sociales et économiques qui avaient présidé à la confection de ce monument législatif. Mais à la longue, les problèmes se posaient avec une variété et une complexité toujours croissantes, et les interprètes comprirent qu'ils ne pouvaient limiter leur tâche à la paraphrase des textes. L'exégèse avait donné tous les résultats qu'on pouvait en attendre, mais c'était un moyen, non un but. Il devenait indispensable, après cette phase nécessaire d'exploration, de briser un cadre devenu trop étroit et d'entreprendre une œuvre vraiment créatrice afin de pouvoir résoudre les questions nouvelles. Toutefois, les jurisconsultes restèrent pénétrés comme leurs devanciers, et plus encore qu'eux-mêmes, de l'idée fondamentale que la loi, étant le procédé le plus satisfaisant et le plus parfait de la réalisation du droit, devait rester la source unique des décisions juridiques. Bien comprise, elle se suffit à elle-même et fournit toutes les solutions désirables, mais il convient de faire produire à la volonté du législateur son maximum d'action. Tout en protestant de leur attachement inébranlable aux textes, tout en se défendant d'introduire dans la législation des éléments nouveaux pris en dehors des formules légales, on proclame la suprématie des principes vivifiants et féconds, impliqués dans les textes eux-mêmes et susceptibles de donner aux solutions légales toute leur portée d'application. Les textes d'un Code ne sont que des matériaux épars que le juriste a mission d'utiliser et de ranger selon leurs affinités logiques en vue de l'établissement de règles de

droit. Pour fixer ces règles, il importe de dégager des solutions d'espèce ce qu'elles contiennent de général. Par cette méthode on découvre les notions fondamentales dont ces décisions concrètes ne sont que la mise en œuvre; la coordination et la combinaison de ces notions fait apparaître une construction plus générale qui constitue le système, autour duquel se groupent les solutions de détail.

Dans la nature, les lois de l'harmonie permettent aux savants de reconstituer des êtres disparus dont on ne connaît que quelques organes échappés à l'action du temps; en appliquant à l'étude du Code cette méthode empruntée aux sciences naturelles, on anime la matière première législative en donnant une vie individuelle à des éléments inorganiques.

De là la mise en œuvre des procédés logiques de la déduction et de l'induction. La première tend à faire ressortir tout ce qui se trouve virtuellement contenu dans les énonciations générales, la seconde, par l'étude des dispositions particulières, met en évidence des principes supérieurs qui, pour n'avoir pas été formulés textuellement, n'en ont pas moins agi sur l'esprit du législateur. Pourtant, il est possible que telle ou telle énonciation ne puisse être ramenée à un principe, mais qu'on soit amené à penser que le législateur s'est proposé d'atteindre un certain but, ou qu'il ait été dirigé par certains motifs. Or, ce but et ces motifs ont une plus grande portée que la disposition qu'ils ont provoquée. Il y a lieu de suppléer au silence de la loi et de soumettre le cas non prévu à la solution admise en vue du cas analogue, car il est probable que le législateur l'aurait fait lui-même si la question se fût présentée à son esprit. Cette forme de raisonnement n'était pas inconnue des jurisconsultes antérieurs, mais l'analogie qu'ils invoquaient ne reposait souvent que sur des ressemblances extérieures et formelles. Désormais, elle eut une grande portée d'application. Les rapports nouveaux que la pratique fait naître ne sont souvent que la modification de rapports déjà connus et réglés par le législateur ; on leur applique les règles anciennes dans la mesure où elles peuvent être utilisées. Aussi le juriste est rarement pris au dépourvu. Sans doute, il y a des vides que seul le législateur peut combler, mais son intervention, souvent maladroite, ne doit être provoquée que lorsqu'il s'agit de réglementer une institution entièrement nouvelle. Grâce à ce moyen, le droit progresse sans à-coups, à l'abri des interprétations individuelles, sans qu'il soit porté atteinte à la stabilité des relations juridiques, qui est la meilleure sauvegarde des droits de chacun.

Cette méthode dogmatique présente sans doute des dangers, elle tend à isoler le droit du milieu social dans lequel il s'alimente. Le souci de la logique ne permet pas toujours à l'interprète de s'inspirer exactement des besoins pratiques et de l'équité ; il oublie trop souvent les réalités de la vie. En outre, il n'est pas facile de déterminer si telle ou telle décision est

susceptible de généralisation, ou si elle doit rester isolée et exceptionnelle. Chaque auteur, suivant son inspiration et le penchant de son esprit, apprécie différemment son caractère, et ainsi il peut arriver que le juriste substitue sa propre pensée à celle du législateur. Mais il y aurait injustice à ne pas reconnaître que, grâce à leur bon sens pratique, nos commentateurs, disciplinés et contenus par les formules légales, ont su le plus souvent se garder de tout excès. Sous la pression impérieuse des faits, ils ne se font pas scrupule d'abandonner des conceptions admises d'abord comme des règles absolues. Bien des théories ont été élaborées par eux, en dehors de tout système préconçu, pour appliquer la loi conformément à son but, ou pour rendre compte de certains courants de la pratique. Il importe, en effet, que les concepts juridiques soient flexibles et puissent se prêter à des contenus variés. Les principes eux-mêmes ne doivent être ni immuables ni nécessaires, mais constituer seulement des approximations idéales ; sans perdre leur caractère spécifique, il faut qu'ils puissent s'infléchir et s'assouplir pour s'accommoder aux besoins de la pratique. C'est dans cet esprit que la méthode a été appliquée; elle n'a pas arrêté les progrès du droit, mais donné à la codification plus de résistance et de solidité, et empêché des innovations trop hasardeuses, dont l'expérience n'aurait pas suffisamment éprouvé la valeur. Pour tout dire, en dépit de ses imperfections, ses adversaires se sont jusqu'à présent montrés impuissants à la remplacer par une autre qui puisse offrir la même précision et la même sûreté.

C'est à un jurisconsulte étranger, Zachariæ, professeur à Heidelberg, né en 1769, mort en 1842, que revient le mérite d'avoir le premier systématisé les doctrines de notre législation civile. C'est assurément une chose remarquable que l'un des meilleurs traités sur le droit civil français, nous soit venu du dehors, fort peu de temps après la promulgation du Code. Le Manuel de Code Napoléon n'occupe qu'une petite place dans l'œuvre encyclopédique du savant professeur d'Heidelberg. Zachariæ s'était d'abord voué à l'étude de la philosophie et de l'histoire ; il publia un Traité fort important sur l'Etat, en quarante livres. On retrouve dans tous ses nombreux écrits la synthèse puissante, le classement méthodique et lumineux des idées qui se révèlent dans le Manuel de Droit civil. « On trouvait réunis en sa personne, dit Walter, son collègue de l'Université de Bonn, la roideur et le pédantisme qu'il tenait de la philosophie kantienne, avec un esprit profond et une originalité qui allait presque jusqu'au paradoxe, tout en s'appuyant sur une vaste érudition ». Nourri des fortes études du Droit romain et du Droit germanique, Zachariæ consacra les ressources de son esprit pénétrant à mettre en relief les éminentes qualités d'une œuvre pour laquelle il professait un respect profond et une admiration sincère. C'est avec un vif intérêt que l'on reçut de l'étranger cette étude

approfondie de nos lois, qui ouvrait à la science française des horizons nouveaux et multipliait les aspects sous lesquels devait être étudié le nouveau Code.

Le Manuel fut composé selon la méthode suivie presque universellement en Allemagne, dans les *Traités de Pandectes*. A l'ordre du Code est substitué un ordre logique, d'une rigueur telle que chaque matière vient nécessairement, et d'elle-même, prendre la place qu'elle occupe. Les textes, étant rattachés les uns aux autres par des rapports que l'on avait laissés jusque-là dans l'ombre, apparaissaient sous un jour tout nouveau, qui provoquait un nouvel examen.

Ce procédé, s'il a l'inconvénient de laisser trop de place aux spéculations philosophiques et de favoriser la tendance à s'affranchir des textes, permet, en revanche, d'exposer librement les principes et d'en déduire les conséquences qu'ils comportent. Zachariæ pouvait étudier la législation française avec d'autant plus d'indépendance d'esprit qu'il n'était pas arrêté par les idées préconçues que les interprètes français avaient puisées dans l'étude du droit antérieur. C'est là un point à noter, si on se rappelle que nos premiers commentateurs, et notamment Merlin, eurent beaucoup de peine à reconnaître ce que présentait de nouveau l'œuvre du Consulat. Zachariæ ne se laissa pas cependant dominer par l'esprit de système. Si, dans la première édition, il obéit à l'entraînement de sa pensée vers une production législative, qu'il considérait comme une belle œuvre d'art, il s'appliqua dans les éditions suivantes à étudier le Code d'un point de vue plus pratique comme une loi vivante, destinée à régir les rapports juridiques dans certaines régions de l'Allemagne. Le succès de l'ouvrage fut tel, que quatre éditions se succédèrent rapidement. Une cinquième fut publiée après la mort de l'auteur, par M. Anschutz, *privat docent* à l'Université de Bonn, qui utilisa des notes complètes laissées par Zachariæ, en y ajoutant des observations personnelles.

En France, le Manuel de Zachariæ ne fut pas reçu avec moins de faveur qu'en Allemagne, puisqu'il mérita les honneurs d'une double traduction.

Dans l'une d'elles, Massé et Vergé crurent devoir abandonner le plan original du jurisconsulte allemand, et lui substituer l'ordre même du Code. Ils pensaient rendre l'ouvrage d'un accès plus aisé et faciliter les recherches. Conservant dans toute sa pureté la doctrine du maître qu'ils reproduisaient avec fidélité, ils se contentaient d'indiquer, en note, leurs opinions personnelles. Cette tentative n'eut pas le succès qu'espéraient les traducteurs. Le Manuel de Zachariæ, dont la synthèse constituait le principal mérite, fut mis ainsi à une rude épreuve, et ne put résister à l'opération périlleuse de dissection que Massé et Vergé avaient cru devoir pratiquer.

L'autre traduction, plus ancienne et qui, comme la précédente, se réfère

à la quatrième édition du Manuel, fut l'œuvre d'Aubry et Rau, nés tous deux en Alsace en 1803. Ces savants professeurs de la Faculté de Strasbourg, alors sentinelle avancée du côté de l'Allemagne, comme l'était Heidelberg du côté de la France, eurent soin de conserver non seulement la doctrine du maître, mais encore l'ordonnance systématique de l'ouvrage. Bientôt ils ne s'en tinrent pas là. Peu à peu, avec l'assentiment de l'auteur, ils retouchèrent et remanièrent le texte de Zachariæ, si bien qu'à la suite de modifications incessantes devenues plus nombreuses à chaque nouvelle édition, l'œuvre se transforma et devint un traité vraiment original, dans lequel la méthode et le plan du maître allemand étaient seuls conservés. Zachariæ lui-même tira profit des conceptions d'Aubry et Rau, ainsi qu'il le déclara loyalement dans la préface de la dernière édition de son Manuel.

Le caractère personnel de l'ouvrage est très accusé dans sa troisième édition (six volumes, 1856-1863). On persista néanmoins, en dépit de la déclaration formelle que contenait la préface, à présenter le nouveau traité comme une traduction annotée de celui de Zachariæ. Les auteurs durent protester à différentes reprises contre cette assertion inexacte, mais cette méprise ils l'avaient eux-mêmes provoquée en donnant à leur traité la qualification de troisième édition. La nature véritable de l'ouvrage ressortait aisément de sa comparaison avec le Manuel de Zachariæ. Le Cours de Droit civil contenait nombre de théories nouvelles; le plan lui-même avait subi de nombreuses et importantes modifications.

La quatrième édition (huit volumes) est la seule en usage aujourd'hui (1). Commencée en 1869 à Strasbourg, elle devait être achevée à Paris, dix ans plus tard. De cruels événements en avaient interrompu la publication. Dans cet intervalle, les éminents auteurs avaient été appelés à la Cour de cassation où ils surent rapidement conquérir la légitime influence et l'autorité auxquelles leur savoir leur donnait droit de prétendre. Rau succomba en 1877 avant l'apparition du dernier volume. Aubry lui survécut quelques années encore et mourut en 1883. La collaboration des deux auteurs a duré plus de quarante ans. Rau, qui pendant longtemps allia les travaux de la pratique aux études théoriques, se livrait aux recherches de jurisprudence. Les aperçus pratiques qui lui étaient suggérés par son expérience d'avocat devaient être d'un précieux secours dans l'élaboration de l'œuvre commune. Aubry compulsait la doctrine et les anciens auteurs dont les travaux lui étaient familiers. C'est encore ce dernier qui, après accord sur les points discutés, était chargé de rédiger le texte qui était revu en dernière analyse par son collaborateur. De ce travail en commun

(1) Une cinquième édition est en cours de publication.



est résulté un ouvrage d'une rare homogénéité de vues, dans lequel on n'a pu relever qu'un petit nombre d'erreurs et de contradictions.

Le *Cours de Code civil français* restera le chef-d'œuvre de la science française au siècle dernier. Ce livre réunit toutes les qualités que l'on recherche dans un livre de droit. Il est à la fois théorique et pratique. C'est une tentative osée et presque toujours vouée à l'insuccès que de vouloir remplir les deux tâches à la fois. D'ordinaire, on n'accomplit ni l'une ni l'autre. Aubry et Rau ont pleinement réussi là où tant d'autres ont échoué. Dans le texte, d'une précision mathématique, sont exposés les principes et les conséquences logiques qu'ils comportent. Dans des notes, d'une étendue variable, sont traitées les questions pratiques. Les divers systèmes proposés sont résumés et discutés en termes pesés avec soin. Aucun argument de valeur n'est négligé; les variations de la jurisprudence sont analysées avec exactitude. La lecture d'un tel ouvrage ne convient pas à toutes les catégories de personnes. Trop de science y est concentrée pour qu'on puisse s'approprier sans peine une nourriture aussi substantielle. Parfois il faut deviner les arguments et les débutants se laissent décourager par le travail qu'une telle concision rend nécessaire. Mais quand on a puisé dans les traités élémentaires quelques notions de la science du droit, on apprécie la haute valeur d'un ouvrage d'une érudition si forte et si précise. On est émerveillé que toutes les solutions soient contenues en germe dans des principes formulés avec rigueur et si intimement liés les uns aux autres qu'ils forment un véritable édifice d'une incomparable solidité.

Demolombe, professeur à la Faculté de Caen, dont il fut longtemps doyen, semble avoir pris le contre-pied de la méthode d'Aubry et Rau. En tout cas, son ouvrage ne ressemble, ni de près, ni de loin, au précédent. D'abord au point de vue de l'exposition il suit un procédé qui tient le milieu entre le commentaire et l'exposé systématique. S'il ne bouleverse pas les articles du Code, il ne s'astreint pas cependant à suivre la série des dispositions légales. Il explique à la place qu'ils occupent les différents titres qui forment autant de traités distincts. — C'est une méthode moins ambitieuse, moins scientifique aussi, mais plus sûre, car elle permet d'échapper aux variations capricieuses de l'esprit de système et maintient à l'œuvre que l'on étudie son caractère propre et sa physionomie particulière.

Quant aux procédés de raisonnement et d'interprétation, ils ne diffèrent pas moins de ceux d'Aubry et Rau; on ne saurait reprocher à l'auteur d'apporter des solutions toutes faites et de vouloir les imposer par des affirmations dogmatiques. On est plutôt fondé à lui adresser le reproche inverse. Sa méthode est trop éclectique et sa doctrine manque de fermeté. Demolombe était préoccupé avant tout de mettre d'accord la théorie et la pra-

tique, dont l'alliance est, en effet, indispensable pour féconder la science. Il constate avec amertume la scission chaque jour plus profonde entre le droit théoriquement en vigueur et le droit réellement vivant, accommodé par les tribunaux aux besoins de la société, et il s'efforce de concilier les deux tendances en les corrigeant au besoin l'une par l'autre. Pour Demolombe le droit n'est pas une science dogmatique, mais un ensemble de règles destinées à protéger tous les intérêts respectables. Partant de là, il tient le plus grand compte des besoins pratiques et des considérations d'équité, il s'empare des décisions de la pratique moins pour les critiquer que pour les justifier. Nombre de questions de droit sont transformées en questions de fait que les tribunaux sont appelés à trancher souverainement au mieux des intérêts en conflit. Les principes ne conservent qu'une valeur purement théorique, car ils sont énervés par les tempéraments et les exceptions que l'auteur accepte avec trop de complaisance, oubliant trop souvent que la doctrine a pour mission de rappeler à la jurisprudence les saines théories et les vrais principes du droit trop souvent écartés du prétoire.

L'éclectisme de Demolombe se manisfeste encore dans sa manière d'exposer les controverses et de les résoudre. Il emploie indifféremment les procédés d'interprétation qui sont familiers à la doctrine. Il juxtapose les arguments ou les présente alternativement suivant les besoins de la cause qu'il s'attache à défendre. Il se complaît dans l'ampleur et la richesse des développements. Tous les systèmes sont exposés dans leurs détails et leurs nuances, dans un style mouvementé et entraînant en forme de plaidoiries ; il lui arrive de prêter à ses adversaires des arguments de médiocre valeur pour se donner le facile plaisir d'en établir l'inanité.

L'ouvrage très clair et d'une lecture facile est une mine précieuse que les avocats peuvent exploiter sans efforts et on comprend qu'aucun auteur n'ait exercé pareille influence sur la pratique et la jurisprudence ; mais les développements fouillés à l'excès encombrent et alourdissent l'exposition. L'esprit se perd et s'égare au milieu de cet éparpillement de toutes choses ; on a peine à saisir, à travers tant de prolixité, l'essence des problèmes juridiques. Inconsciemment, Demolombe a préparé la voie à ces répertoires de la pratique qui tendent de plus en plus à remplacer les traités scientifiques par des catalogues d'espèces.

Si l'auteur eût écrit plus sobrement, il aurait pu mener à bonne fin l'œuvre considérable qu'il avait entreprise, mais cédant, comme on l'a dit, à l'aisance de sa plume, il ne sut se contenir et se borner ; ce défaut ne fit que s'accentuer avec l'âge, si bien que le Traité, qui devait compter vingt volumes, en aurait compris trois fois plus s'il eût pu être achevé. Malgré l'aide de collaborateurs dont il s'était entouré à la fin de sa vie, Demolombe ne put dépasser le titre des Contrats et Obligations. Depuis 1844

jusqu'en 1879, trente et un volumes avaient paru. L'œuvre restée inachevée a été continuée par un professeur de la même Faculté (1), qui a su donner une allure plus vive à ses développements en négligeant de s'attarder à l'examen d'opinions surannées, communément tenues pour inexactes et qu'il convient d'abandonner à l'oubli.

Demolombe occupa pendant plus de cinquante ans la chaire de droit civil à la Faculté de Caen. En 1853, Laferrière voulut l'appeler à la Faculté de Paris. « Il est temps, disait-il, de le détacher de ses succès d'amphithéâtre de province, son talent n'a plus à y gagner; il faut qu'il vienne le retremper à l'école de la précision simple et forte ». Demolombe déclina cette offre. Exempt d'ambition et voulant se consacrer à ses travaux personnels, il refusa en 1862 un siège à la Cour suprême et en 1878 la charge de procureur général près la même Cour. En 1879, l'Académie des Sciences morales et politiques, rendant hommage à l'autorité de son talent, lui décerna, sur le rapport de Ch. Giraud, son grand prix biennal. La publication du *Cours de Droit civil* fut le seul événement de sa vie. Il fut plusieurs fois bâtonnier de l'ordre des avocats, mais n'aborda jamais la barre. En revanche, il avait un cabinet de consultations fort important. De tous côtés on lui demandait des directions et des lumières. Il mourut en 1888 à l'âge de 84 ans, chargé d'honneurs et de distinctions et salué par ses admirateurs comme l'héritier le plus glorieux des grands jurisconsultes dont s'honore la science française.

Il était aisé de prévoir que la méthode trop facile de Demolombe provoquerait une réaction qui risquait d'être excessive à son tour ; c'est ce qui arriva. Laurent, professeur à la l'Université de Gand, né en 1810, mort en 1887, se fit le protagoniste d'une méthode rivale et presque hostile qui faisait revivre les procédés des premiers interprètes du Code. En réalité, le jurisconsulte belge se rattache à l'école exégétique, dont il a renouvelé et même exagéré les procédés autoritaires et intransigeants. En toute occasion, il proclame l'empire absolu et exclusif de la loi écrite et n'accepte ni tempéraments, ni exceptions à la règle qu'il s'est imposée d'interpréter rigoureusement les textes légaux. A ses yeux, lorsque la loi est claire, l'interprète n'a pas le droit d'en éluder l'application en se prévalant de l'absurdité et de l'injustice auxquelles elle conduirait. Si le juriste a toute liberté sous le rapport critique, il n'a aucune indépendance dans l'interprétation ; c'est au législateur à corriger les imperfections de son œuvre. Le champ d'action de la doctrine ne laisse pas que d'être très vaste ; ses perspectives sont illimitées, car elle a pour mission de préparer la législation de l'avenir, en suscitant les réformes qu'impose la marche de la civilisation vers un état social plus juste et meilleur.

(1) M. Guillouard.



Mais si l'auteur est fortement imbu des théories étatistes qui avaient cours au XVIIIe siècle, il est également rationaliste. Lorsque Laurent n'aperçoit pas dans les textes l'indice d'une volonté certaine du législateur, il se donne libre carrière et fait appel aux principes supérieurs révélés par la conscience et la raison et qui sont immanents à la nature des choses. Comme Zachariæ, l'auteur belge n'était pas seulement jurisconsulte, mais aussi philosophe et historien; il a laissé de nombreux écrits. Son œuvre de prédilection a été son *Histoire de l'Humanité* en 18 volumes, dans laquelle il montre, avec la vision d'un apôtre, l'humanité en marche vers un idéal de paix et de justice parfaites. Cet ouvrage souleva des tempêtes. Polémiste ardent et infatigable, Laurent déploya dans sa lutte contre l'Eglise toute son énergie et toute sa passion; son œuvre juridique elle-même est restée imprégnée de sa préoccupation constante d'armer l'Etat contre le catholicisme, dont les doctrines lui paraissaient de nature à ruiner l'ordre nouveau issu de la Révolution française. Il est regrettable que par des digressions inutiles accusant un esprit excessif de dénigrement à l'égard de l'Eglise, Laurent ait trop souvent détourné son attention des purs problèmes juridiques et qu'il ait ainsi rendu suspectes aux yeux des lecteurs impartiaux les solutions qu'il donne aux questions qui se rattachent par quelques côtés à l'ordre politique et social.

Dans un pays attaché comme le nôtre à l'œuvre de codification, mais pénétré en même temps de rationalisme, une œuvre conçue dans un tel esprit ne pouvait être accueillie qu'avec faveur. Mais, en revanche, la pratique s'accommodait fort mal d'une manière trop étroite d'interpréter les textes, en même temps qu'elle était déconcertée par la hardiesse et la nouveauté des conceptions, qui entraînaient Laurent, lorsque les textes n'étaient pas en cause, en dehors des sentiers battus, dans des directions quelque peu aventureuses. C'est ce qui explique que les œuvres de ce jurisconsulte n'aient pas acquis auprès de nos tribunaux l'autorité qui s'attache à celles de Demolombe et d'Aubry et Rau.

Laurent, qui enseignait le droit civil depuis 1841, ne se décida qu'en 1869, sur les pressantes sollicitations de son entourage, à faire paraître ses *Principes de Droit civil*. Avec une rapidité stupéfiante, se succédèrent, en moins de dix ans, les 33 volumes de cette vaste collection. On ne doit pas s'étonner qu'un Traité écrit avec une telle hâte contienne des redites et des contradictions. Après cette publication et en même temps que paraissait son *Droit civil international*, il résuma dans un cours de Droit civil élémentaire les idées essentielles qu'il avait développées dans son grand ouvrage. Dans une Préface qui eût gagné à être condensée, il prit à partie les jurisconsultes français, adressant à chacun d'eux, sans ménagements, les critiques les plus vives et les plus acerbes sur leur manière d'interpréter la loi.

En 1879, le Gouvernement belge, voulant refondre le Code civil, lui confia le soin de préparer un avant-projet de revision. Ce choix ne surprit personne. Laurent n'avait pas achevé ce travail lorsqu'en 1884, à la chute du cabinet libéral, ce mandat lui fut retiré; néanmoins la commission nommée pour refaire le travail de revision, fit publier l'œuvre entière qui forme sept gros volumes in-4°. Ce testament juridique, dans lequel Laurent défendait les idées qui lui tenaient au cœur, couronnait la longue et glorieuse carrière du plus fécond et du plus puissant jurisconsulte de la Belgique contemporaine.

La doctrine ne doit ni s'enfermer dans une sorte de tour d'ivoire pour y rester en contemplation devant des textes sacro-saints, ni se faire l'humble servante de la pratique en inclinant les règles de droit devant les faits contingents; elle doit guider la jurisprudence vers les solutions les meilleures en s'efforçant de fondre les créations de la pratique dans le système général de la loi. Pour accomplir cette tâche, elle doit sans cesse affirmer les principes et habituer les esprits au respect du droit, et non suggérer aux tribunaux des expédients et des recettes pour éluder les textes et substituer une appréciation discrétionnaire à la volonté du législateur.

Le *Cours analytique de Code civil*, par Demante, continué par Colmet de Santerre, a précisément pour objet de mettre en lumière les matières fondamentales. Les principes occupent dans cet ouvrage la première place et frappent dès l'abord l'attention, qui n'est pas détournée et éblouie par un appareil compliqué et une phraséologie inutile. Les auteurs dédaignent de dénombrer les opinions, et parmi les arguments ceux-là seuls sont indiqués qui sont de nature à déterminer la conviction. Ainsi les difficultés sont aplanies au lieu d'être multipliées à plaisir et l'esprit se trouve tout de suite satisfait de retenir des idées claires acquises sans fatigue et sans efforts. Enfin les auteurs visent au choix des questions et non à leur nombre. Tout ce qui est d'intérêt secondaire est écarté de parti pris afin de faciliter la pleine compréhension des points essentiels. Les jurisconsultes dont les théories sont combattues ou approuvées, ne sont même pas cités et parmi les arrêts ne sont mentionnés que ceux qui constituent des décisions de principes.

Demante, professeur à la Faculté de Paris depuis 1821 jusqu'en 1856, époque de sa mort, ne se consacra pas tout entier à l'enseignement ; il fut l'un des principaux collaborateurs de *la Thémis* et enrichit d'autres revues d'articles remarquables par la vigueur de l'argumentation et la sûreté de la doctrine. Comme son collègue Valette, il fut un moment distrait de ses travaux professionnels et mêlé à la lutte des partis politiques. Membre des Assemblées constituante et législative, il prit une part assez active aux travaux de ces Assemblées. C'est à son initiative qu'est due la réforme de l'article 312 du Code civil. Il présida les commissions constituées pour

préparer la loi hypothécaire et la loi du crédit foncier et fut rapporteur du projet abolissant la mort civile; les conclusions de son rapport furent en grande partie consacrées par la loi de 1854.

En 1830, il avait publié, sous le titre modeste de *Programme d'un cours de droit civil*, un livre élémentaire destiné aux étudiants. Le succès de cette publication fut tel que Demante conçut le projet d'élargir ce cadre, et il fit paraître à partir de 1849 un *Cours analytique de droit civil* dans lequel étaient développés les divers paragraphes du *Programme*. Quand la mort le surprit, trois volumes seulement avaient paru. Mû par un sentiment de reconnaissance envers l'un de ses maîtres, Colmet de Santerre accepta la mission de continuer cette œuvre à peine commencée. Cette partie du *Cours analytique*, qui est la plus considérable, n'a pas à redouter une comparaison périlleuse avec celle de Demante. L'élève a surpassé le maître. Encore est-il permis de croire qu'il n'a pas donné tout ce dont il était capable, parce qu'il s'est astreint à enfermer sa pensée dans le cadre tracé par le *Programme* et qu'il a dû souvent sacrifier à la nécessité de laisser une certaine place aux conceptions personnelles de Demante. De tous les jurisconsultes français, c'est le seul qui ait trouvé grâce devant Laurent qui ne lui a pas marchandé ses éloges. Distinction éminemment flatteuse, car elle émane d'un juge d'une sévérité peu commune. Colmet de Santerre, qui est un écrivain de race, possède au plus haut degré les qualités natives de l'esprit français, l'élégante clarté et la précision de la forme et le goût de l'arrangement simple et méthodique. Le *Cours analytique* valut à Colmet de Santerre une telle notoriété qu'à la mort de Paul Pont, en 1888, l'Académie des Sciences morales et politiques le désigna pour remplacer le savant magistrat.

C'est bien rarement que les auteurs qui se risquent à un commentaire complet du Code atteignent leur but. Une œuvre de si longue haleine est d'ordinaire le fruit d'une vie entière de méditations et d'études; elle ne peut être entreprise avant qu'un long enseignement ou une longue pratique des affaires ait mûri la réflexion et le jugement.

Marcadé, né en 1810, mort en 1854, n'était pas préparé à un tel labeur, lorsqu'à l'âge de 31 ans, après de tardives études à la Faculté de Paris, il commença la publication de son *Explication théorique et pratique du Code civil*; cela suffit à rendre compte des graves défauts qui déparent son œuvre. On ne doit pas suspecter la sincérité de cet écrivain ardent et original, mais la tendance de son esprit inquiet et maladif l'inclinait naturellement à heurter les idées reçues, comme s'il eût voulu, en affirmant l'indépendance de ses opinions, imprimer à son travail le cachet de son individualité. Bon nombre de ses doctrines n'avaient que cet attrait de la nouveauté, et si le Traité jouit quelque temps d'une certaine vogue auprès des

esprits frondeurs, ce succès éphémère fut dû à la manière présomptueuse dont Marcadé, dans un style qui n'est pas toujours convenable et mesuré, attaqua de front les jurisconsultes qui faisaient autorité dans la science. Tous les auteurs excitèrent la verve railleuse de ce censeur impitoyable qui taxait d'erreurs graves ce qui n'était souvent que pure divergence d'opinions. Son autorité était bien moins reconnue à l'Ecole qu'au Palais où, dans les luttes de la barre qui convenaient si bien à son tempérament, il sut se faire une place enviée. Il s'était fait inscrire au barreau de Rouen, mais quitta bientôt cette ville pour occuper une charge d'avocat à la Cour de cassation. Il fonda, en 1851, avec la collaboration de Demolombe et de Paul Pont, la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, qui se proposait de faire à la pratique une part moins restreinte que celle qui lui était laissée dans les autres Revues. C'est Marcadé qui conçut l'heureuse idée de ces examens doctrinaux de jurisprudence qui réalisaient l'alliance féconde de la théorie et de la pratique et faisaient du droit une science d'application.

En mourant, il avait confié à l'un de ses collaborateurs de la *Revue critique* le soin d'achever l'œuvre qu'il laissait interrompue. Entré dans la magistrature où l'attendait une brillante carrière, Paul Pont, né en 1808, mort en 1888, occupa les loisirs que lui laissaient ses fonctions, à remplir la mission délicate qui lui avait été confiée. La forme éminemment personnelle, la vivacité de la polémique étaient des traits particuliers à l'œuvre de Marcadé. Pont ne songea pas à maintenir au Traité l'allure agressive qui lui avait été imprimée. Et quant à la doctrine, le savant magistrat avait trop d'expérience des hommes et des choses et une trop grande rectitude de jugement pour se laisser aller à de regrettables excès. Ce qui frappe chez lui, c'est l'extrême lucidité de l'exposition qui s'allie très bien avec la profondeur des investigations et l'étude minutieuse du détail.

Nous touchons au terme de cette seconde période : quoique nous n'ayons pas tenté de faire entrer dans cette étude toute l'histoire de la doctrine, nous ne pourrions omettre sans injustice de rappeler le souvenir d'un juriste qui n'a pas publié de commentaire développé, de grand traité, mais qui n'en a pas moins exercé une influence notable, et qui a été un des premiers civilistes de son temps. C'est Valette : déjà nous avons rencontré et cité son nom. La diversité au moins apparente de son œuvre fait contraste avec l'unité de sa vie.

Auguste Valette était né le 16 août 1805, à Salins, dans le département du Jura : nommé, après de très brillants concours, professeur suppléant à la Faculté de Paris, en 1833, professeur de Code civil, en 1837, il n'a pas cessé d'enseigner jusqu'à sa mort, le 10 mai 1878. Une participation très active aux travaux parlementaires de l'Assemblée constituante de 1848

et de l'Assemblée législative, dont il fit partie comme représentant du Jura, n'interrompit pas son enseignement. Ses devoirs de professeur furent toujours ceux qu'il considéra comme sa principale obligation ; il les remplit avec une continuité de conscience admirable, et c'est parce qu'il se faisait de ces devoirs une idée très exclusive qu'il réduisit la part de son temps réservée à des publications. « Et qu'importe, disait-il, qu'un professeur n'écrive pas de livres ? Après tout, son métier n'est pas d'écrire, mais de professer » (1). « Autre chose est un livre, autre chose est un cours. Nul n'en est mieux persuadé que ceux à qui une longue pratique a révélé toutes les difficultés, mais aussi toutes les ressources de l'enseignement oral. L'abandon, la spontanéité de la parole, ses négligences même, ses redites, ses retours sur les mêmes idées, établissent la communication la plus intime entre l'homme qui a les yeux attachés sur son auditoire, et l'auditoire qui est suspendu aux lèvres de cet homme » (2). Toute la somme d'influence que peuvent donner les qualités d'un homme parfaitement doué pour sa fonction, et qui se donne à elle tout entier, Valette la conquit très vite et la garda toujours. Mais ce n'est pas la seule raison de cette influence. Ce qui nous paraît expliquer surtout la grande action qu'il exerça, c'est qu'il a été pour toutes les générations qui ont passé devant sa chaire une sorte de personnage représentatif. C'était pour ceux qui l'approchaient ou qui entendaient parler de lui la réalisation, l'incarnation vivante du juriste. On savait que le droit était vraiment la pensée maîtresse de sa vie, inspirant ses actes et déterminant ses jugements. Dans un pays où l'on a si peu l'esprit de légalité, cette volonté d'agir légalement, de se conformer à la loi, de la défendre, de l'accepter pour soi et pour les autres, a été, à certains moments, et surtout le 2 décembre 1851 (3), un très rare et très noble exemple.

Il serait facile de retrouver, dans presque tous les travaux de Valette, ce même mobile d'action, cette préoccupation d'un devoir à remplir. Il n'écrivait pas volontiers et ne s'y décidait guère que lorsqu'il se considérait comme obligé de prendre parti pour une vérité méconnue, d'aider ceux qui défendaient une juste cause, ou de résister à un mouvement d'opinion qui lui semblait suspect.

Quand en 1831, il attaque avec une extrême vivacité l'hérédité de la pairie, c'est qu'il se révolte contre l'idée que le pouvoir législatif peut

(1) Du projet de loi sur l'enseignement, *Revue de dr. français et étranger*, 1847, reproduit dans les *Mélanges*, publiés par MM. Herold et Lyon-Caen (t. II, p. 354).

(2) *Mélanges*, *loc. cit.*, t. II, p. 354.

(3) Ce que dit et fit Valette ce jour-là est bien connu : bornons-nous à citer le récit de MM. Herold et Lyon-Caen (Notice sur la vie et les travaux de M. Valette, p. xxxiv) et le discours de M. le doyen Glasson, Distribution des prix de la Faculté de Droit de Paris (1er août 1899, p. 8).

n'être que la propriété d'une classe (1). Son article, très vif également sur les Droits d'enregistrement (2), est une protestation contre l'arbitraire des lois fiscales, contre la prétention de l'Etat de s'affranchir dans son intérêt des règles du droit commun.

Un de ses collègues très bienveillant, très pacifique, est aux prises avec un adversaire que faisait redouter sa réputation d'homme d'esprit : Valette, qui n'était pas en cause, se mêle à la querelle et publie dans une Revue sa lettre à Edouard Laboulaye (3). « Comme la discussion a pris sous votre plume un caractère blessant pour M. Bonnier, il est bon que d'autres interviennent, qui puissent, dégagés de toute préoccupation personnelle, dire dans l'intérêt de M. Bonnier bien des choses qu'il ne lui conviendrait en aucune façon de dire lui-même ».

Cette polémique reste encore aujourd'hui très piquante : elle met en présence deux esprits de genres très différents, l'un plus léger, plus souple, plus habile, l'autre plus profond, plus pénétrant et gardant tous les avantages. On sent que si la bonté, la réflexion, n'avaient pas tempéré chez Valette ses dons de combativité, il eût excellé sans peine dans ces sortes de luttes. Il a porté de rudes coups à des réputations qui lui semblaient surfaites, par exemple à celle de Troplong ; il a donné à l'occasion une assez bonne leçon au président Dupin (4), qui pour une fois n'eut pas les rieurs de son côté.

Son attitude dans les questions de jurisprudence est aussi très significative. « Le premier peut-être, nous dit-on (5), il introduisit dans l'enseignement l'habitude de mentionner la jurisprudence et de prendre des exemples dans les arrêts, au lieu de forger des espèces imaginaires comme le faisaient les anciens professeurs ». Et pourtant, comme il est soucieux de son indépendance, rebelle à l'autorité des arrêts, prêt à défendre en toutes circonstances les droits de libre examen (6) et de contrôle de la doctrine !

En droit civil, les très nombreuses publications de Valette, articles, dissertations, mémoires, consultations, touchent aux questions les plus diverses ; mais c'est de préférence la matière des personnes et celle des privilèges et hypothèques qui l'ont le plus intéressé. Nous avons déjà signalé ses annotations sur le Traité des personnes de Proudhon (1842-43) : ce fut le point de départ d'un travail plus personnel qui parut en 1859 sous le

(1) *Mélanges*, t. II, p. 180.
(2) *Ibid.*, t. II, p. 194.
(3) *Ibid.*, t. II, p. 311.
(4) Herold et Lyon-Caen, Notice sur la vie de Valette, *Mélanges*, t. I, p. xxxi.
(5) Herold et Lyon-Caen, Notice précitée, p. xiv.
(6) V. notamment ses articles sur la question du cumul (*Mélanges*, t. I, p. 263 et suiv.), celle des reprises (p. 401 et suiv.).

titre d'Explication sommaire du livre Ier du Code Napoléon et devint en 1872 le premier volume du Cours de Code civil. L'espoir qu'on pouvait concevoir ne s'est pas réalisé : le cours complet de Valette n'a jamais été publié. On doit du moins à MM. Herold et Ch. Lyon-Caen la publication posthume du commentaire des deux titres du livre II, *De la propriété et de la distinction des biens*. En 1846, Valette avait donné le premier volume de son Traité des hypothèques, œuvre presque parfaite, qui malheureusement, elle aussi, devait demeurer inachevée.

Mais le regret de ce qui est incomplet ajoute encore à la valeur de ce qui est accompli : à la distance où nous sommes, toutes ces études, mêmes fragmentaires, n'ont pas vieilli; elles ont gardé quelque chose de classique. Très françaises par leur allure, leur clarté, leur simplicité, elles sont en même temps très fouillées, très approfondies; l'auteur ne cherche à dissimuler aucune difficulté; il aperçoit tous les côtés de la question, toutes les conséquences d'un principe, et sa logique en même temps nous rassure, parce qu'elle a pour correctifs un bon sens robuste et le souci de l'équité. C'est un des traits dominants du caractère de Valette : dialecticien passionné, il n'a jamais cependant sacrifié la loi ou l'équité à la logique. Respectueux de la tradition, dont il a si bien compris et montré l'importance (1), il a toujours été, comme juriste, un homme de progrès, sachant ce que valait la loi, s'employant ardemment à la réformer et l'améliorer.

III

Sans prétendre assigner à ces divisions des dates trop précises, on peut approximativement considérer comme achevée l'œuvre de l'Ecole dogmatique avant les vingt dernières années du XIXe siècle (2). Dès lors commence une autre période, qui dure encore, et dont les caractères sont difficiles à préciser. Le plus souvent, les vraies tendances du temps dans lequel nous vivons nous échappent; il faudrait, pour les saisir et surtout pour les apprécier, une perspective qui nous manque, une impartialité que nous n'avons pas. Nous sommes emportés par des courants, des mouvements d'idées successifs, parfois contradictoires, dont on ne peut ni mesurer la force, ni déterminer la direction. Nous risquons d'exagérer l'importance des influences que nous avons subies : telle initiative nous laisse au contraire indifférents qui peut-être sera féconde. Il faut donc faire bien des réserves, se défier de soi-même, noter surtout ce qui est concret, objectif,

(1) V. son Mémoire sur la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la Révolution de 1789 (*Mélanges*, t. I, p. 443).

(2) C'est en 1878 que paraissent les derniers volumes de Laurent; à cette même époque, le long effort de Demolombe touche à son terme; la publication de la 4e édition d'Aubry et Rau, commencée en 1869, se termine en 1879.

le plus souvent s'abstenir de juger. Cette période si courte n'a pas d'unité, ou plutôt n'en a pas encore. Après l'achèvement des grands travaux qui ont permis de caractériser les périodes précédentes, les efforts se dispersent, le droit civil paraît un peu abandonné. Des œuvres pourtant considérables sont entreprises et poursuivies très honorablement, mais visiblement l'attrait, l'intérêt sont ailleurs. Il semble que les interprètes du Code civil aient terminé leur tâche. Quelques-uns, moins découragés et mieux avisés, se rendent compte que le progrès peut résulter de la découverte et l'emploi d'une autre méthode ; l'ancienne est défectueuse ; elle a produit tout ce qu'elle pouvait donner. Ces tentatives n'éveillent pas seulement l'attention ; elles excitent et stimulent la doctrine, la dirigent vers un autre but.

Sans être, à proprement parler, les initiateurs de ces méthodes, deux civilistes ont eu, par leur enseignement plus encore que par leurs écrits, une très grande et durable influence, tous deux professeurs à la Faculté de droit de Paris, Beudant et Bufnoir.

L'un et l'autre ont appartenu à la même génération, le même et court intervalle sépare leurs naissances et leurs morts (1). Les mêmes concours, les mêmes succès, le même enseignement dans la même Faculté, et plus encore une action presque égale sur leurs élèves, le même attachement de ceux-ci pour leurs maîtres, tout les rapproche dans le souvenir de ceux qui les ont connus et les ont aimés. Et pourtant que d'oppositions dans cette comparaison : la nature d'esprit, les procédés didactiques, les moyens de conviction sont essentiellement différents.

Beudant abstrait et simplifie pour généraliser : il élimine dans une question tout ce qui est secondaire, accidentel, aperçoit immédiatement les traits caractéristiques, les rapports généraux, dégage les idées directrices, leur donne un relief, une netteté saisissante, en déduit toute une série de conséquences; les difficultés sont pour ainsi dire résolues par avance. Celui qui l'a pris pour guide embrasse le sujet d'un seul regard ; il a la sensation de voir de haut tout un pays; de vastes clairières servent de points de repère et partagent cette étendue. Bufnoir néglige ou dédaigne ces précautions : divisions, distinctions, séparations lui semblent un peu artificielles. Ce sont des moyens de considérer les choses comme on veut qu'elles soient et non pas toujours comme elles sont. La science ne peut avoir raison de la complexité que par l'analyse ; et c'est une leçon d'analyse qu'il nous donne. Sa matière est comme un tissu étudié au microscope par un histologiste. Tout ce que représente cette matière, tout ce qu'elle contient, tout ce qui constitue sa substance se révèle, se découvre

(1) Beudant, né en 1829, est mort en 1895 ; plus jeune de trois ans, Bufnoir meurt également trois ans plus tard (11 février 1898).



insensiblement : il faut observer, examiner lentement, apprendre à regarder. La vérité se donne à qui la cherche : pour la saisir, il faut être persévérant. On peut dire que Bufnoir a fait l'analyse critique des concepts juridiques comme de grands philosophes, Kant et Renouvier, par exemple, ont fait la critique de la connaissance et de la raison.

Le même contraste reparaît dans la façon de discuter. « Tout dans l'aspect de sa personne, a dit M. Gréard (1), en parlant de Beudant, sa taille ramassée, sa tête puissante et fine, son regard arrêté, tout annonçait l'homme de la discussion et de la controverse ». C'est un adversaire redoutable, alliant la logique au sens pratique, imposant son opinion par la précision et la rigueur des raisonnements dont elle paraît la conclusion forcée. Bufnoir, à proprement parler, ne discute pas ; ou plutôt la discussion n'est pour lui qu'une forme, un résultat de l'analyse. Sa méthode fait songer à celle de Socrate, pour qui toute vérité porte en elle sa propre démonstration. Quand il adopte une solution, il pèse avec la même rigueur les arguments qu'on invoque en faveur de cette solution et ceux qu'on lui oppose. Il sait discerner la part de vérité dans le système de ses adversaires et reconnaître la part d'erreur que peut contenir le sien. Il est sans indulgence pour une mauvaise raison : ses pesées ont une justesse, une précision incomparables.

L'enseignement qui a fondé la réputation de Beudant et Bufnoir n'a pas absorbé toute leur activité. Ils ont écrit, moins qu'on ne l'eût souhaité, car tous deux étaient difficiles pour eux-mêmes, mais ils ont éclairé ou approfondi tout ce qu'ils ont étudié ; chacun de leurs travaux a quelque chose d'achevé. Sous le titre *Propriété et contrat*, un certain nombre de leçons de Bufnoir ont été recueillies et publiées par quelques-uns de ses anciens élèves. A la mort de Beudant, ses notes de cours étaient presque entièrement rédigées : la publication a pu être entreprise par les soins et le dévouement de son fils ; une partie importante a paru (2).

Hors de l'Ecole, Bufnoir a porté ses préoccupations du côté du droit comparé : il a contribué, en 1869, à la création de la Société de Législation comparée ; il en a été pendant deux ans le Président et toujours un des membres les plus actifs, fournissant au *Bulletin* et à l'*Annuaire* un contingent de communications très remarquées, s'associant un des premiers au grand mouvement d'étude qui a suscité dans notre pays la préparation et la publication du Code civil allemand. Nous n'avons pas à rappeler ici sa participation à l'œuvre de la Société pour l'étude des ques-

(1) Discours prononcés le 31 juillet 1895 sur la tombe de M. Charles Beudant. Discours de M. Gréard, p. 4.

(2) Introduction. Explication du titre préliminaire du Code civil, 1 vol. Etat et capacité des personnes, 2 vol. Les sûretés personnelles et réelles, 2 vol.



tions d'enseignement supérieur; son rôle dans les réformes qui ont fait entrer dans les Facultés de droit l'enseignement des sciences politiques et administratives, dans celles aussi qui ont élargi, dans l'enseignement du droit civil, la liberté des programmes et des méthodes. Mais nous ne sortons pas du cadre que nous nous sommes tracé, en mentionnant le concours empressé de Bufnoir aux travaux si considérables de la commission extraparlementaire du cadastre, dont les projets refondent et renouvellent toute une partie de notre droit privé.

Beudant aussi a été mêlé à de grandes réformes; doyen de la Faculté de droit, membre du Conseil municipal de Paris et du Conseil supérieur de l'Instruction publique, il a déployé des qualités qu'un homme d'étude n'a pas toujours, la décision, le souci de sa responsabilité, le courage de son opinion, la compréhension des affaires difficiles et l'art de les solutionner. Dans l'ordre du droit, il s'est constamment intéressé aux besoins, aux exigences de la pratique; il a eu, presque seul des juristes de son époque, tendance à considérer la coutume comme une des vraies sources du droit (1). Enfin, il a été tourmenté par le besoin de justifier le droit par la raison : troublé par la pensée que la loi écrite n'était souvent qu'un instrument d'oppression, un moyen pour un parti d'accabler ses adversaires, il a revendiqué le juste, l'imprescriptible droit de la personne humaine. Son livre sur le Droit individuel et l'Etat est tout animé de cette préoccupation : c'est comme un acte de conscience. « C'est pour l'écrire, dit M. Gréard (2), qu'il y a quelques années il renonçait au décanat. Lorsqu'il l'eut achevé, si j'en dois croire une de ces confidences auxquelles il s'abandonnait rarement, même avec ceux en qui sa confiance se reposait, il éprouva une de ces grandes joies intimes, qui sont la secrète récompense de l'homme d'étude ».

Quel est actuellement, après ce long siècle d'efforts, le but que poursuit la doctrine; quelle tâche entend-elle se donner à elle-même? Chaque génération, d'une façon plus ou moins consciente, doit résoudre une pareille question : souvent la solution s'impose; les circonstances et la force des choses disciplinent les préférences individuelles. Ainsi, logiquement, l'œuvre d'interprétation au lendemain de la confection du Code devait être exégétique; la dialectique devait succéder à l'exégèse. Mais cette œuvre a été poussée, semble-t-il, aussi loin que possible; nul ne désire la reprendre à nouveau; peut-être même ne rend-on pas assez

(1) « La loi et la coutume sont donc même chose sous des apparences différentes, et il est tout naturel que la coutume, quand elle est bien implantée et générale, soit obligatoire comme la loi ». BEUDANT, Intr. au *Cours de dr. civil*, p. 62. Conf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 274.

(2) *Loc. cit.*, p. 5.



justice à ceux qui l'ont accomplie. Peut-elle donc suffire à tout? Au contraire, on a l'impression très vive de ce qu'elle a de provisoire, d'insuffisant. Le droit, résultante de la vie et des besoins sociaux, ne peut pas s'arrêter et s'immobiliser. On n'a jamais été plus pénétré de cette idée parce qu'elle est empruntée à l'expérience et que toutes les sciences sociales pratiquent aujourd'hui la méthode d'observation. L'histoire du droit, l'économie politique, le droit romain ont usé de cette méthode, et le droit civil, à son tour, a fini par l'adopter. On n'étudie plus seulement les institutions dans les livres, on veut être renseigné sur la réalité; et cette réalité est attristante; elle révèle à ceux qui l'étudient bien des injustices et des abus. On se rend compte que la loi laisse sans protection bien des intérêts légitimes, que le droit est encore actuellement le privilège d'un petit nombre. Comment se feront donc les réformes, comment l'interprète pourra-t-il aider à les réaliser?

La nouvelle école d'interprétation encourage les bonnes volontés, les exhorte à l'espoir. Elle a pris pour devise « Par le Code civil, au delà du Code civil » (1). Mais dans cette école même on peut distinguer deux tendances.

Les uns considèrent la loi comme douée d'une force et d'une vie propres : séparée de la pensée qui l'a conçue, elle se développe dans le temps, se transformant, subissant l'action du milieu, des intérêts et des mœurs. L'interprète a pour mission de constater cette transformation et pour se préserver des dangers d'une appréciation purement subjective, il est guidé par l'analogie des lois postérieures, la conscience juridique collective et le droit comparé (2).

D'autres plus respectueux de la loi écrite, mais peut-être pourtant plus hardis, estiment que l'interprète ne peut pas donner aux dispositions légales une portée qui dépasse les prévisions et les intentions de ceux qui les ont rédigées : seulement ce texte écrit n'est pas la seule source du droit. Il y en a d'autres, à côté ou au-dessous, la coutume, la tradition, la libre recherche. Ainsi tout un domaine reste ouvert au juriste et au juge associés à la création du droit.

N'y a-t-il pas dans ces espérances une part d'illusion? L'action de l'interprète ne sera-t-elle pas, malgré tout, infiniment lente et singulièrement faible : quelles que soient les armes qu'on lui donne, triomphera-t-il de la

(1) « Quelle heure, écrit M. Gény, serait pour nous plus que la présente propice à une élaboration juridique toute pénétrée de réalisme critique, tendant à réaliser l'idéal de justice et à satisfaire l'utilité sociale sur la base solide d'une histoire minutieuse et méthodique des institutions du droit privé français au XIXe siècle » (*Revue de dr. civil.* Risques et responsabilité, p. 849).

(2) Saleilles, Préface au livre de Gény, p. VIII. — Déclaration de volonté, n° 43. — Ecole historique et droit naturel, *Revue de dr. civil*, 1902, p. 80.



codification : pourra-t-il à la fois la détruire et la remplacer ? Comme l'a très bien dit M. Tissier (1), « ni la libre adaptation, ni la libre création ne peuvent avec des lois injustes faire un droit juste : elles ne peuvent changer les règles fondamentales du droit positif sur les rapports de famille, le régime matrimonial, le régime successoral, le régime foncier et hypothécaire, sur la procédure enfin qui intéresse si profondément la mise en œuvre et la défense des droits privés. Seule, une vaste réforme législative pourra faire triompher l'idéal de justice ».

Mais si l'on diffère sur le degré d'utilité de cette intervention du législateur, tout le monde s'accorde à reconnaître que la doctrine doit s'efforcer de la préparer et la faciliter. C'est une partie essentielle de sa tâche. La création d'une Société d'Etudes législatives est, à cet égard, un fait significatif. Trop longtemps, les juristes sont restés indifférents à la réforme de la loi : ils ont actuellement un autre sentiment de leur devoir.

(1) Compte rendu de la Déclaration de volonté de M. Saleilles, tir. à part, p. 16.

J. Charmont et A. Chausse.

Ed. MEYNIAL
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier

Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes

LES RECUEILS D'ARRÊTS ET LES ARRÊTISTES

Les recueils d'arrêts ont peut-être exercé depuis la rédaction de nos Codes, et surtout de nos jours, une influence assez considérable sur la pratique et sur la doctrine, pour qu'on ait le droit de s'occuper d'eux dans une revision générale de notre droit civil depuis 1804.

Ce n'est pas pourtant que je veuille saisir cette occasion de faire, à propos de ces recueils, une histoire du rôle de la jurisprudence dans l'interprétation de notre Code et l'évolution de notre droit. D'abord l'histoire de la jurisprudence ne tient pas tout entière dans celle des recueils d'arrêts, bien que le recueil d'arrêts ait été pour elle un précieux moyen de diffusion, d'unification et de progrès. En outre, les transformations que la jurisprudence a fait subir à notre Code ont pour cause vraie des faits économiques et sociaux trop nombreux pour qu'on puisse les déduire ici, et trop nécessaires à l'intelligence de l'œuvre jurisprudentielle, pour qu'il soit permis de les négliger dans une histoire de la jurisprudence.

Je n'ai donc l'intention d'étudier que le procédé même du recueil d'arrêts, ce que son emploi a eu de spécial au XIX[e] siècle, en quoi il se rapproche ou diffère des recueils de notre ancien droit et aussi quels avantages très grands la science et la pratique du droit en ont tirés. Réduite à ces très modestes limites, l'histoire du recueil d'arrêts n'est pourtant pas sans intérêt. Il faut, en effet, de suite déclarer qu'on a su faire, en ce siècle, du recueil d'arrêts, le lien qui a rapproché de plus en plus, jusqu'à les unir, la pratique et la doctrine, alors que la rédaction du Code avait comme creusé un fossé entre elles, donné à la doctrine cette sérénité hautaine du philosophe en possession de l'absolu et laissé la pratique désemparée et déracinée, sans guide et sans soutien. C'est par le recueil d'arrêts que pratique et doctrine se sont lentement connues et plus lentement appréciées ; c'est chez lui qu'elles se sont rencontrées ; c'est par son entremise qu'elles se sont associées dans l'œuvre d'adaptation et surtout de transformation systématique de notre loi, la pratique fournissant son expérience et son savoir-faire, signalant les besoins, en faisant comprendre toute la nécessité et toute la légitimité dans des décisions d'espèce parfois maladroites ; la doctrine apportant à leur satisfaction ses ressources de dialectique, son souci de la construction juridique, de l'organisation logique et harmonieuse et de l'équité abstraite.

A parcourir nos recueils actuels si complets, si finement résumés, où la jurisprudence est si minutieusement passée au crible de la doctrine, à constater la place qu'ils tiennent dans notre enseignement et le rôle que jouent dans leur rédaction nos juristes doctrinaires, à sentir les rapports intimes et quotidiens qui unissent l'Ecole et le Palais, grâce à cette tribune commune qu'est aujourd'hui le recueil d'arrêts, on croirait que les choses ont toujours été ainsi et ne peuvent être autrement. Et en le croyant on se tromperait certainement. Pendant la première partie du XIX[e] siècle, au contraire, la pratique et la doctrine se sont ignorées et ont suivi chacune sa route distincte. Ce n'est qu'après la Révolution de 1830 qu'a commencé le mouvement de rapprochement. Antérieurement, la doctrine est pleine de dédains pour le praticien, qu'elle considère à l'égal d'un simple manœuvre de la justice. La loi, à ses yeux, contient encore tout le droit condensé, systématisé en principes immuables et absolus, et dont la connaissance et l'intelligence entière donnent la clé de toutes les difficultés que les hommes peuvent soulever. L'application pure et simple de ces principes, qui incombe à la pratique, n'est qu'un jeu dont la qualité ne saurait être mise en parallèle avec celle de la pure spéculation. De son côté la pratique, encore respectueuse des anciens usages que la nouvelle loi a détruits, assez ignorante du présent, peu portée à la philosophie et à l'absolu par la vie active et quotidienne qui l'entraîne, néglige ces hommes qui la méprisent et qu'elle ne comprend pas. La Révolution de 1830 a donné un coup à l'idéologie des uns et aux regrets ou aux espoirs traditionnels des autres. Elle a poussé tous ces hommes à chercher au milieu d'eux leur règle de vie ; elle a créé les relations entre les deux mondes, et un grand effort pour les rendre intimes date déjà de cette époque. Mais il faudra encore longtemps avant qu'on arrive à un plein succès au moyen de la note doctrinale d'arrêt. Encore en 1837 Ledru-Rollin (1), dans sa préface à la 3[e] édition du *Journal du Palais*, pouvait se plaindre de la persistance de l'état de choses ancien, et en 1840 (2) Devil-

(1) « Depuis que la codification a rendu chez nous l'étude du droit plus facile et plus « rapide ; depuis qu'elle a permis à la doctrine de se répandre en savants traités, en « commentaires lumineux, il est presque devenu de mode de faire bon marché des prati- « ciens et des arrêtistes, comme de gens gaspillant la science et livrant la théorie à l'em- « pire capricieux des faits. Les uns, méconnaissant même l'utilité de la jurisprudence « en présence d'une loi désormais claire et intelligible, sont allés jusqu'à la mettre en « question ; d'autres tranchant la difficulté par un bon mot... Cette exagération a, comme « toujours, poussé à une réaction injuste : les praticiens, à leur tour, se riant d'un « dogmatisme, perdu souvent dans les nuages, se sont faits matérialistes en jurispru- « dence... Semblables à des enfants, les arrêtistes ont marché timidement d'un fait à un « autre fait, sans autre discernement que celui des noms et des espèces... »

(2) « ... Jusqu'ici, selon nous, on a trop considéré les recueils d'arrêts comme un dépôt « d'arguments tenus en réserve pour les besoins de la pratique ou des plaideurs ; on peut

leneuve, en tête de la réédition des premières années du Sirey, faisait entendre presque le même langage. C'est seulement à partir de 1852 (1) que, la pratique tendant à prendre une place prépondérante dans le progrès juridique, les hommes de doctrine viennent volontiers à elle, se mettent à chercher dans ses décisions, dans ses aspirations, parfois dans ses erreurs l'écho de la conscience populaire. A mesure qu'ils la fréquentent, ils l'interrogent avec plus de sollicitude ; ils redressent discrètement ses écarts, quand ils ne peuvent les justifier ; ils construisent son système. Peu à peu, la doctrine joue le rôle d'organisatrice de la jurisprudence, comme elle était autrefois l'organisatrice de la loi, et elle met au service de celle-là des qualités sensiblement voisines de celles qui la signalaient autrefois.

On peut ainsi distinguer comme trois phases dans l'histoire des rapports de la doctrine et de la pratique, et par suite dans celle des recueils d'arrêts. La première va de 1804 à la Révolution de 1830, la seconde de 1830 à 1852 et la troisième de 1852 jusqu'à nos jours.

I

Nos plus anciens recueils d'arrêts sont contemporains de la rédaction de notre Code civil. Je n'en donnerai pas la liste parce que je ne suis pas certain de l'avoir complète et que d'ailleurs il y en eut beaucoup d'éphémères. Dupin, en 1812, en signale dix pour Paris : le *Recueil d'arrêts de J.-B. Sirey* ; celui de *Denevers* ; le *Journal du Palais ;* la *Jurisprudence du Code civil* ; le *Journal des avoués, notaires et avocats ;* le *Journal du Barreau ;* le *Recueil des causes célèbres ;* le *Journal de l'Enregistrement ;* le *Journal commercial ;* la *Gazette des Tribunaux.* Il y en eut de même auprès de chaque Cour d'appel, comme le Recueil de *Tajan* pour la Cour de Toulouse, celui de *Bazille* pour la Cour de Nîmes, etc. Si l'on écarte de la liste que j'ai donnée pour Paris le dernier, d'un genre tout spécial, puisqu'il rend compte des procès pendant le cours des débats judiciaires et dès avant le prononcé de l'arrêt, il y en a trois qui méritent d'être signalés avant les autres, ce sont les trois premiers. Le *Journal du Palais* fut publié dès l'an IX : il empruntait le titre d'un ancien recueil d'arrêts du Parlement de Paris, dont les premières décisions remontent à 1672, et qui fournit douze parties in-8°. En ajoutant à ce recueil celui d'Augeard, qui

---

« y voir aussi, malgré le superbe dédain de quelques maîtres de la science, une vaste « série de faits judiciaires aussi facile à étudier que celle des faits législatifs... »

(1) C'est en 1853 que s'opère la fusion de la *Revue critique de Jurisprudence* et de la *Revue de Législation* ; c'est en 1859 que M. Labbé publie sa première note (P. 39, tome 70, p. 776).

se donnait comme sa continuation, on n'a pas d'arrêts postérieurs à 1736. De sorte qu'il serait bien difficile de regarder le nouveau *Journal du Palais* comme la continuation de l'ancien. Sans entrer dans l'étude de sa fondation et de ses premiers pas, on peut dire que la période des tâtonnements finit pour lui en 1823, date de sa première réimpression. Une 3e édition en fut donnée sous la direction de Ledru-Rollin en 1842, précédée d'une préface fort importante, datée de 1837. Le recueil a fusionné avec celui de J.-B. Sirey en 1865, et a pourtant conservé son format distinct jusqu'en 1891. Depuis cette date il ne diffère plus du Sirey que par la couleur de sa couverture qui est blanche. Le Sirey et le Denevers sont dus, le premier à un avocat à la Cour de cassation, ancien secrétaire de Merlin, le second à un secrétaire-greffier à la même Cour. Ils ont eu l'un avec l'autre des relations de voisinage qu'il est possible d'éclaircir en comparant les divers tirages de chacun. Sirey et Denevers firent paraître en commun en l'an X, par cahiers mensuels, un volume qui a pour titre : « Jurisprudence du tribunal de cassation, ou Précis de tous les jugements de rejet et de cassation sur des points importants du droit et de la procédure... indiquant les moyens d'ouverture et la défense des parties, les conclusions du commissaire et la décision du tribunal ». La publication fut continuée en l'an XI, assez sommaire et n'ayant trait qu'à la Cour de cassation. En l'an XII, la collaboration cessa. Sirey, conservant le même titre, publia les cahiers de l'année sous son seul nom, tandis que Denevers, de son côté, éditait un volume d'arrêts sous le titre de « Journal des Audiences de la Cour de cassation » (On sait de quelle estime jouissait, au commencement du XVIIIe siècle, le *Journal des Audiences* de Dufresne, dont Denevers empruntait ainsi le titre). Les deux recueils vécurent ainsi quelques années séparés, Sirey faisant tirer pour sa collection les deux volumes de l'an X et de l'an XI, avec une couverture où ne figure plus le nom de Denevers, sans doute pour bien manifester sa rupture avec lui, et composant seul un volume pour les années antérieures à l'an X. Puis, en 1807, se produisit une réconciliation et une nouvelle fusion : on composa le même volume pour les deux collections avec deux couvertures, portant les noms des deux directeurs et les titres des deux recueils, mais dans un ordre de priorité inverse pour chaque collection. Enfin la scission définitive s'opéra l'année suivante, en 1808. Denevers s'associa un autre avocat à la Cour de cassation, Duprat ; et Sirey inaugura, à cette date, le titre que conserve encore aujourd'hui le « Recueil général des lois et arrêts, etc. » Depuis cette époque, les deux collections ont eu leur vie bien distincte. Les collaborateurs de Denevers changèrent assez souvent (1814, Jalbert ; 1818, de Seligny ; 1820, Laporte, greffier en chef ; 1822, Dalloz et Tournemire, greffier en chef). C'est seulement en 1825 que la collection de Denevers prit, sous la direction de Dalloz, le

titre qu'elle garde aujourd'hui de « Jurisprudence générale du royaume ». Je reviendrai plus loin sur les modifications postérieures de ces deux grands recueils.

Leurs premières éditions sont assez rares aujourd'hui. J'ai pu cependant en parcourir un assez grand nombre de volumes. Il y a sans doute loin de ce qu'étaient ces premiers volumes à ce que sont aujourd'hui leurs successeurs. Dans les deux recueils, les arrêts de cassation ont d'abord constitué l'unique élément jurisprudentiel. On ajouta bien dès le début, à chaque année, un supplément où l'on jetait un peu pêle-mêle tout ce qu'on avait oublié, ou tout ce qu'on pouvait trouver d'intéressant. Mais les Cours d'appel y sont bien peu représentées. Quelques-unes apparaissent dans le Denevers dès 1806, mais jusqu'en 1810 elles sont très clairsemées. C'est de ce moment que le nombre de leurs décisions s'accroît sensiblement. Dans le Sirey, c'est de la transformation de 1808 que date le changement. Le Recueil est, depuis cette époque, divisé en deux parties, sensiblement égales, la première réservée à la Cour de cassation et la seconde, où les Cours d'appel fournissent un contingent désormais prépondérant. Il faudra d'ailleurs bien longtemps pour qu'elles arrivent à s'emparer complètement de ce domaine, et à rejeter dans une troisième partie les éléments étrangers. Si l'on examine la valeur documentaire de chacune de ces deux parties, on saisit sans doute bien vite toute l'étendue du progrès accompli depuis ces temps éloignés. Le nombre des arrêts rapportés est trop réduit ; pour les arrêts d'appel surtout, le choix est fait sans grand discernement, par suite de la trop grande disette de décisions connues ; les tables sont bien trop sommaires. Mais pourtant, somme toute, il faut reconnaître que ces publications auraient mérité une faveur plus grande que celle qu'elles rencontrèrent. Les sommaires sont généralement exacts ; les arrêts intelligemment rapportés. Et quant aux lacunes qu'elles présentent, on est vraiment poussé à les juger avec une grande indulgence, quand on songe que la tentative était bien nouvelle et que notre ancienne jurisprudence n'offrait aucun modèle qui pût servir de guide.

Il y avait, sans doute, bien des recueils d'arrêts dans notre ancien droit. Aux XVIIe et XVIIIe siècles, leur nombre s'était accru en même temps que le rôle de la jurisprudence dans la formation du droit commun coutumier ou du droit écrit. On en trouverait une nomenclature, incomplète il est vrai, dans Dupin (1), et Prost de Royer (2), qui en signale 118 dans son répertoire, en omet plusieurs. Le XVIIIe siècle en particulier avait même été si fécond en publications de ce genre que Fournel (3) en fait la remarque

(1) Jurisp. des arrêts, sect. VI, éd. 1851, p. 509.
(2) Dict. de jurisp. et des arrêts, v° Arrêtistes, édit. 1787, VI, p. 737.
(3) Edit. 1813, liv. V, tome II, p. 402-403.

dans son Histoire des avocats, et que Maussac (1) déclare que l'art de l'imprimerie semble n'avoir été inventé que pour l'usage des collecteurs d'arrêts. Mais de tout cela, il y avait peu de chose à tirer au lendemain du Code. Les conditions nouvelles dans lesquelles se présentaient nos recueils modernes ne permettaient guère de tirer profit des expériences anciennes.

A certains points de vue, la composition d'un recueil d'arrêts devenait moins difficile et moins laborieuse, grâce aux nouveaux errements que la Révolution avait fait prévaloir. Ainsi il n'était plus besoin de tant d'efforts pour se procurer les arrêts ; la Révolution avait voulu leur donner une large publicité. Notre ancienne jurisprudence au contraire s'y refusait. Elle ne se rendait pas bien compte que chacun a droit de connaître, pour sa gouverne, non seulement la loi, mais encore l'interprétation qu'en donnent les tribunaux, puisqu'il peut souffrir autant de l'une que de l'autre. On était encore si bien habitué à l'incertitude du précepte juridique, en fait l'arbitraire était le procédé administratif si accoutumé, qu'il paraissait très suffisant que les arrêts fussent connus de ceux qui étaient intéressés à leur exécution. Et alors les grandes compagnies judiciaires, loin de favoriser la diffusion des arrêts, s'y opposaient plutôt ; il était difficile de s'en procurer le texte, d'autant plus que beaucoup n'étaient même pas prononcés et que c'étaient seulement les greffiers qui devaient en prendre note. Pour entreprendre un recueil d'arrêts, il fallait donc d'abord être un praticien assidu à toutes les audiences et bien en Cour. Et encore ne pouvait-on se livrer à ce travail que pour le ressort d'un Parlement. Même dans ces limites, le travail de recherche des arrêts était fort délicat ; la qualité la plus rare chez l'arrêtiste était la pure et simple exactitude. Le plus bel éloge qu'on eût trouvé de Dufresne, l'auteur justement estimé du *Journal des Audiences*, c'était que « rien n'a égalé son exactitude... il a été non seulement présent aux audiences, mais il s'est encore scrupuleusement conformé aux lois de la vérité, en rédigeant avec beaucoup de netteté les moyens de droit et de fait et en rapportant la plupart des arrêts en forme » (2).

Ce travail de recherches, si pénible et si périlleux autrefois, était singulièrement facilité par la publicité donnée, depuis la Révolution, aux décisions judiciaires. Une loi du 1er décembre 1790, pour mieux affirmer l'esprit de la nouvelle organisation, ordonne même que tout arrêt de la Cour de cassation soit imprimé. Si les arrêtistes nouveaux avaient employé à leurs recherches une égale patience, un soin aussi minutieux et une aussi louable persévérance, que leurs anciens, ils seraient de suite

(1) Cité par Dupin, p. 510.
(2) Dupin, p. 517.

arrivés à un résultat très satisfaisant. Mais par malheur la nouvelle pratique, trop impatiente, ne consentait plus à leur en laisser le loisir. Un recueil d'arrêts était autrefois un ouvrage de longue haleine, qu'on pouvait remettre bien des fois sur le métier. Même quand on lui conservait l'ordre chronologique, on apportait cependant à sa composition quelque souci doctrinal. Un arrêt plus ancien n'était inséré à sa place que mitigé, tempéré par un plus récent rendu avant l'achèvement de la publication. On accordait à l'arrêtiste, pour ce travail, tout le temps qui lui était nécessaire. Combien de recueils ont ainsi subi de longues années d'incubation ! La vie juridique, comme la vie sociale, se menait plus lentement, plus modérément. On évitait ainsi les contradictions trop flagrantes ; on dégageait de la jurisprudence une doctrine, rien qu'en introduisant dans ces compilations l'ordre et la méthode si utiles à la rapidité des recherches. Après la rédaction du Code, au contraire, la pratique bouleversée et prise de court réclama de suite, au jour le jour, quelques décisions pour la guider. L'ancien recueil, patiemment et laborieusement composé, dut faire place au *Journal de Jurisprudence*, au sens étymologique et moderne du mot, quotidien, hebdomadaire ou mensuel. Et alors on fut bien obligé d'y jeter tels quels, selon leur ordre d'arrivée, plutôt que dans un ordre chronologique rigoureux, sans rectification, sans interprétation, parfois sans vérification suffisante ou sans analyse, tous les arrêts dont on pouvait avoir connaissance. Ajoutez encore qu'avec l'unification de notre organisation judiciaire sous la censure de la Cour de cassation, nos grands recueils ne pouvaient plus limiter leur tâche à telle ou telle province, qu'il leur venait des arrêts de toute l'étendue, si considérable alors, du territoire de l'Empire français, dont quelques-uns même de pays de langue étrangère ; et songez enfin à la difficulté qu'opposait à une documentation rapide la lenteur des communications à cette époque. C'était là autant de difficultés nouvelles qu'il fallait surmonter ; c'était tout un art nouveau qu'il fallait créer. On ne pouvait raisonnablement pas demander de suite aux éditeurs de faire, dans ces conditions, œuvre de critique bien profonde ou même bien attentive. Et il y a bien quelque injustice à leur reprocher ces imperfections, qui tenaient aux circonstances beaucoup plus qu'à leur négligence. Les recueils ainsi constitués furent, dans leurs débuts au moins, loin d'être parfaits. Bien des inexactitudes s'y sont glissées ; sur bien des points, ils sont incomplets ; leurs sommaires sont parfois maladroits. Pourtant leurs efforts ont réussi à parer fort honorablement aux premiers besoins et il eût été équitable, dès leurs débuts, de leur en savoir gré, de les féliciter et de les encourager.

Je ne suis pourtant pas sûr qu'il en ait été ainsi. Et en tous cas il ne me paraît guère douteux que ces recueils ni n'ont eu l'autorité, ni n'ont joué d'abord le rôle qu'on était en droit d'espérer pour eux. Je ne crois pas qu'ils

aient été d'abord très répandus ; on les rencontre aujourd'hui assez rarement, même chez d'anciens praticiens. Ce sont plutôt leurs rééditions, postérieures à 1830, qui constituent les têtes de collections. D'autre part, les ouvrages de doctrine du début du XIXe siècle les connaissent fort peu et les citent à peine. C'est le cas du Commentaire de Malleville ou de celui de Delvincourt, comme du Traité bien plus considérable de Toullier, qui fit si grande sensation dans le monde du droit, ou de ceux de Proudhon. Et même, à lire les nombreuses pages que Dupin consacre à « la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent », on sent aisément avec quelle réserve prudente, même timide, l'auteur conseille aux jeunes avocats de recourir aux arrêts, et quelle méfiance il conserve vis-à-vis des arrêtistes, bien que sa vie et la tendance naturelle de son esprit aient fait de lui tout autre chose qu'un doctrinaire.

Une des causes du défaut d'autorité de ces recueils anciens doit sans doute être cherchée dans leurs inexactitudes, bien plus fréquentes que de nos jours. Toullier en signale plusieurs (II, p. 71 ; V, p. 433). Mais on peut soupçonner de ce peu de faveur d'autres raisons d'une portée plus générale et qu'il peut être intéressant de rapporter.

D'abord nos recueils ont souffert de la réputation très médiocre des recueils anciens, malgré les grandes différences qui séparent les uns des autres. On reprochait surtout aux anciens leur inexactitude. J'ai déjà dit combien l'exactitude leur était en effet difficile par suite du peu de souci des Parlements pour la publicité de leurs décisions. Il faut ajouter qu'en outre nos anciens arrêts n'étaient pas motivés. Cette absence de motifs avait souvent été déplorée. Larocheflavin assure bien « qu'anciennement les juges soulaient insérer en leurs jugements, sentences et arrêts, la cause ou le motif de la condamnation ou absolution » (*Des Parlements*, liv. 13, ch. 61, n° 28). Mais, insensiblement, cet usage était tombé dans l'oubli. Et, au XVIIIe siècle, les motifs avaient entièrement disparu. On rencontre, dans quelques juridictions, comme un regret du passé ou une aspiration à un changement (Prost de Royer, v° Arrêt, p. 732-39). Mais il a fallu la Révolution pour en hâter l'avènement. Les choses étant ainsi, les arrêtistes sont alors livrés à leurs propres forces ; il leur faut induire les raisons du juge des plaidoiries et des moyens des plaideurs. De là pour les arrêts publiés une valeur subjective, empruntée tout autant à la perspicacité, à l'ingéniosité et au discernement de l'arrêtiste qu'à la propre autorité de la décision. C'est pour cela qu'au XVIIIe siècle bien des jurisconsultes refusent tout crédit aux arrêts (D'Aguesseau, 420e lettre, à propos du *Journal des Audiences*). C'est pour cela aussi que les magistrats en vinrent à se demander si, à raison de tous ces dangers d'erreur, voire même de mauvaise foi, il ne vaudrait pas mieux prohiber toute publication d'arrêts, ou au moins exiger pour ces publications l'autorisation

du Parlement (Prost de Royer, *eod. loc.*, p. 674). On trouvera l'écho de cette défaveur dans l'étude de Dupin, quand il met en garde le jeune avocat contre l'inexactitude des arrêtistes et lui recommande de recourir aux registres de la Cour, par crainte des suppositions d'arrêts que notre ancien droit avait connues (section XIV et suiv.). La pratique du début du XIXe siècle ne sut pas se dégager de ces préjugés anciens, malgré la différence des temps. On peut se rendre compte de la persistance de l'opinion ancienne par ce petit opuscule de Dupin, où j'ai déjà tant puisé et où d'ailleurs on ne voit pas toujours que son sentiment sur les arrêts modernes soit bien différent de celui qu'il exprime au sujet des anciens.

D'ailleurs la pratique aimait encore trop à se rattacher au passé pour lutter contre une tradition si généralement acceptée. On aurait grand tort de croire qu'elle ait accueilli immédiatement et avec toutes ses suites logiques et doctrinales la nouvelle législation civile à laquelle le Code venait de la soumettre. Tout au contraire. C'est bien plutôt dans l'ancien droit qu'elle cherchait encore son guide. Tous ces hommes, élevés dans le culte et l'application du droit romain et de la coutume, ne surent pas immédiatement se plier aux nouveaux textes. Loin de chercher à les interpréter en eux-mêmes et pour eux-mêmes, avec le secours que leur offraient quelques nouvelles espèces déjà résolues par les tribunaux, ils préféraient souvent ne prendre du Code civil que ce qu'il contenait de conforme à leurs anciens usages. La nature des difficultés qui se présentaient à eux les poussait d'ailleurs fréquemment à céder à ce penchant. Il était rare, en effet, qu'elles n'eussent pas quelque point de contact avec notre ancien droit. On est frappé, pendant de longues années, du nombre considérable des questions transitoires et de la place importante qu'elles tiennent dans la vie juridique. Enfin le retour de la dynastie bourbonienne en 1815 prolongea davantage encore la durée de cet état incertain des choses et le regret du passé. Sous l'Empire, on s'était efforcé de placer à la tête de notre magistrature des hommes qui, comme Merlin, Portalis, Malleville et d'autres, avaient contribué ou à l'œuvre révolutionnaire ou à la rédaction de nos Codes. Cette pléiade de juristes constituait un milieu très brillant, très avisé et très soucieux d'assurer au nouvel ordre de choses de solides assises. La fermeté de leur direction engagea rapidement et ouvertement notre jurisprudence dans une voie sagement mais résolument nouvelle. On se rend compte aujourd'hui, notamment par le Répertoire de Merlin, de la finesse et de la rectitude avec laquelle se frayait la route. Dupin (1), qui en avait été le témoin, n'a pas manqué de nous le rapporter.

(1) DUPIN, *Plaidoyers*, tome IV, Discours de rentrée de 1839, Eloge de Merlin : « A cette époque, en l'an X, tout était nouveau, le gouvernement, les lois, l'organisation judiciaire ;



Mais l'impulsion donnée de haut n'avait pas encore complètement atteint les derniers degrés de la pratique quand se produisit la Restauration. Au régime restauré, il fallut des hommes différents. Un changement considérable fut opéré dans notre haut personnel judiciaire ; on vit entrer non seulement à la Cour de cassation, mais dans nos Cours d'appel, bon nombre d'anciens émigrés, étrangers à tout ce qui s'était passé en France depuis vingt-cinq ans, et ne voyant dans notre Code civil que la consécration de l'œuvre de spoliation qui les avait ruinés. Les progrès des dernières années de l'Empire furent bien vite détruits. Ce fut la haute magistrature qui prit modèle sur cette tourbe d'anciens juges seigneuriaux, d'anciens procureurs d'officialités, dont la pratique fournissait encore bien des survivants. La difficulté (1) redevint grande de faire goûter aux juges ce qui n'était appuyé que sur des autorités modernes. Il fallut les servir à leur gré, remonter de nouveau aux autorités de l'ancien régime, citer le *Corpus* de Justinien, de préférence au Code civil, ou justifier le Code civil par l'ancienne coutume de Paris : tous procédés qui n'accroissaient pas l'autorité des décisions jurisprudentielles récentes, rendues sous l'inspiration d'hommes qu'on avait souvent exilés et en application de textes qu'on aimait à négliger si on n'osait pas les abroger.

Cet état d'esprit si complexe fut évidemment peu favorable à la diffusion du recueil d'arrêts dans le monde de la pratique. La direction prise par l'enseignement du droit et par la doctrine aboutissait par un chemin différent au même résultat. Ici c'était par système qu'on avait peu souci de la jurisprudence. On était imprégné de cet esprit philosophique abstrait et absolu, dont la doctrine a mis si longtemps à se dégager. Sous l'influence de tous les encyclopédistes et de Jean-Jacques Rousseau, ces artisans de la Révolution et ces maîtres des rédacteurs du Code civil, elle voyait dans un Code, non pas le reflet des aspirations et des besoins changeants d'une époque, mais la formule même de la justice absolue, qu'il fallait seulement s'efforcer de soustraire à la dégradation des intérêts et des convoitises individuelles. On pouvait bien tenter d'y apporter quelques améliorations à la lueur de la raison humaine, dont les préceptes étaient parfois mal traduits, altérés ou déformés par le texte de la loi, mais ce n'était pas, en tous cas, dans la contingence des faits ou les impuretés de la pratique qu'on pouvait trouver la règle qui corrigerait la loi. La pratique n'a qu'à appliquer, en les traduisant le plus fidèlement qu'elle peut, les principes de la loi, image de l'équité absolue. Elle trouve

---

de nouveaux Codes allaient paraître. Dans de telles circonstances, il fallait, pour le magistrat qui représentait la loi dans son expression la plus nette et la plus élevée, surveiller les ressorts de la hiérarchie judiciaire dans toutes les parties de sa nouvelle organisation, avoir l'œil sur ces cours si récemment instituées, etc... ».

(1) DUPIN, *id.*, préface.

dans la doctrine son point d'appui, sa condition nécessaire, mais à l'inverse il n'est même pas besoin de dire que celle-ci ne saurait tirer aucun profit de son commerce avec la pratique.

Toutes ces raisons suffisent bien à expliquer que les recueils d'arrêts et la jurisprudence aient trouvé peu de faveur pendant cette première période et ne se soient développés que bien lentement.

II

La Révolution de 1830 a paru consacrer la rupture définitive de la France avec son passé. Les contemporains y ont bien vu, sans hésitation, le triomphe dernier de l'état de choses inauguré par la Révolution, l'avènement irrévocable d'une ère d'affranchissement et de liberté. Les événements venaient de montrer qu'il y avait décidément incompatibilité entre les deux formules sociales, l'ancienne et la nouvelle. Les représentants de l'ancienne France, ramenés au pouvoir sous la Restauration, venaient de témoigner qu'ils ne se résigneraient jamais à transiger franchement, sans arrière-pensée, sans esprit de retour, avec les aspirations nouvelles, et le monde nouveau a rompu avec eux. La génération née sous l'Empire, comprimée sous la Restauration, et arrivée maintenant à l'âge d'homme, rêve de reprendre la marche interrompue vers l'affranchissement de la pensée et l'exaltation de l'énergie individuelle, dont l'époque révolutionnaire et l'Empire, qui paraît lui faire suite, donnent le mirage déjà légendaire. On voit à sa tête quelques revenants, comme Merlin, qui ont regagné la France le jour où les Bourbons la quittaient.

La pratique n'a pas échappé à cet entraînement. Elle répudie l'ancien droit, auquel elle était restée attachée jusque-là. Aussi bien, comme les années ont passé, sa connaissance est devenue de plus en plus superflue à mesure que diminuait le nombre des questions transitoires. Elle s'attache au Code civil, désormais sans rival, et que ce retour de faveur fait apprécier plus justement. Mais il faut à sa prévoyance un soutien : elle le cherche naturellement dans la jurisprudence moderne, trop négligée jusque-là. Les recueils d'arrêts qui la contiennent se répandent. Pourtant cette jurisprudence est longue à étudier, souvent confuse, hésitante, contradictoire; les premières années des recueils sont incomplètes, parfois inexactes; le tout enfin est peu adapté à cette clientèle de gens, peu brisés encore à l'esprit de nos lois nouvelles et qui ont besoin d'être renseignés avec rapidité et avec détails pratiques. C'est alors que, sous la poussée des besoins croissants de la pratique et pour obvier aux incertitudes et aux confusions de la jurisprudence antérieure, se produisent des rééditions, plus complètes et plus ordonnées, des anciens recueils, ou bien se composent des répertoires. Le mouvement avait d'ailleurs commencé dans la

jurisprudence quelques années avant la Révolution, soit par l'effet normal de l'application du Code civil depuis plus de vingt-cinq ans, soit aussi par l'influence latente des causes qui ont provoqué l'explosion de 1830, et dont le point d'attache est de quelques années antérieur.

La doctrine avait, elle, à cause même de ses tendances abstraites et absolues, traversé avec plus de sérénité toutes ces agitations. Les contingences de la Restauration l'avaient moins troublée ; et aussi la Révolution de 1830 n'aurait pas suffi à l'arracher à sa lointaine spéculation. Mais d'autres causes, venues du dehors, que j'exposerai plus loin, la poussèrent aussi à moins de négligence pour la jurisprudence et à quelque rapprochement avec la pratique.

C'est le *Journal du Palais* qui entra le premier dans la nouvelle voie en donnant, un peu avant la Révolution de 1830, de 1823 à 1827, une seconde édition des premiers volumes de la collection depuis 1791. Elle est due à un avocat à la Cour, Bourgois, principal rédacteur du recueil à cette époque. Cette seconde édition n'était pas d'ailleurs de beaucoup supérieure à la précédente. Et c'est plutôt la troisième qui reste intéressante au point de vue du changement d'aspect des recueils à ce moment. Celle-ci est due à Ledru-Rollin, avocat à la Cour de cassation, qui avait pris la direction de la publication après la Révolution de 1830. Elle doit comprendre tous les arrêts antérieurs à 1837, revisés et complétés. On se rend compte de l'importance du travail par l'avis de l'éditeur qui déclare que le premier volume contient, à lui seul, 400 arrêts inédits et indique les sources auxquelles on a puisé pour les retrouver. Enfin, le tout est précédé d'une préface remarquable de Ledru-Rollin qui, après avoir signalé le fâcheux malentendu qui sépare encore la doctrine de la pratique, et après avoir fait très largement l'histoire de la pratique et de son influence sur la formation de notre droit, en vient à dégager avec une ampleur magistrale le rôle que la jurisprudence doit aspirer à jouer dans le monde du droit et à montrer quelles transformations elle a déjà, dès cette époque, fait subir à nos lois. On croirait lire un de nos derniers contemporains. « La jurisprudence, si l'on en croit les définitions étroites données jusqu'ici, est une collection de décisions contradictoires, bonnes tout au plus pour les praticiens ; elle est un immense arsenal où chacun trouve une arme pour attaquer ou pour se défendre. N'est-elle vraiment que cela ?... Telle est peut-être son apparence... mais que l'œil la suive... Issue de la loi, la jurisprudence en conserve d'abord la tradition stoïque ; peu à peu, elle s'empreint d'équité, reflète les mœurs, les idées et les découvertes nouvelles, et, d'esclave soumise, se fait proclamer reine à son tour. S'emparer des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus, voilà sa mission... Elle n'est donc pas seulement... le commentaire et le complément

de la loi existante ; car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce une action dissolvante et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer... A la jurisprudence l'avenir; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées ». On ne peut mieux définir le rôle de la jurisprudence dans la transformation et l'adaptation lente de la loi. On sent bien chez Ledru-Rollin l'influence de cette école historique dont Savigny est le chef et qui a eu en France, à cette époque, une vogue dont il faudra que je parle plus loin. Il termine enfin en rappelant son désir d'unir la pratique à la doctrine, qui ne se réalisera vraiment que dans la dernière période. « Qu'ai-je voulu ? Rendre plus étroite, s'il était possible, l'union de la théorie et de la pratique, ces deux faces d'une figure indivisible : le droit ; relever les praticiens de l'espèce d'ilotisme où on les a toujours tenus... » Je fais de nombreux emprunts à cette préface, parce qu'elle est comme le manifeste des temps nouveaux, la première et éclatante affirmation du rôle que va essayer de jouer le recueil d'arrêts.

Les rivaux du *Journal du Palais* ne pouvaient rester en arrière. Le recueil de Sirey s'était adjoint comme collaborateur, en 1828, M. Devilleneuve, avocat à la Cour d'appel ; en 1832, M. Sirey rédigeait une table alphabétique des arrêts des dix dernières années (1821-1830). Et la même année il confiait son recueil à deux jeunes avocats, M. Devilleneuve et M. Carette, avocat à la Cour de cassation. Tous deux se résolurent à tenter pour le recueil de Sirey, ce que Ledru-Rollin réalisait en 1837 pour le *Journal du Palais*. La réédition parut en 1840 et comprenait tous les arrêts rendus de 1791 à 1830. Il faut lire aussi la préface que Devilleneuve a écrite pour le premier volume. On y retrouvera l'écho des idées qui ont cours sur le rôle et la mission de la jurisprudence. « Les recueils d'arrêts ne sont pas seulement un dépôt d'arguments tenus en réserve pour les besoins de la pratique ou des plaideurs; on y peut voir aussi, malgré le superbe dédain de quelques maîtres de la science, une vaste série de faits judiciaires, aussi utile à étudier que celle des faits législatifs, puisque les arrêts en sont la réalisation et par conséquent le meilleur commentaire... Cette manière d'envisager la jurisprudence au point de vue de l'histoire de la loi et de ses applications usuelles, n'est autre chose au fond que la méthode expérimentale employée dans la science du droit ». Et tout au terme de sa préface, Devilleneuve souhaite seulement d'avoir « posé quelques jalons pour la réalisation d'un ouvrage qui résumerait à lui seul toute la science du jurisconsulte : une histoire interne de la législation et de la jurisprudence française depuis 1790 jusqu'à nos jours ». Le recueil de Sirey tira de cette rénovation un nouvel élan. Depuis cette époque, quelques notes y apparaissent. Dans sa forme extérieure même on lui

donna plus d'ampleur ; on fit sortir de la seconde partie « les lois », pour en constituer une partie nouvelle et accorder une place plus considérable à la jurisprudence des Cours d'appel. Enfin un soin plus minutieux est apporté soit à la rédaction des sommaires qui précèdent les arrêts, soit au tableau des arrêts antérieurs confirmant ou nuançant la jurisprudence présente.

Le recueil de Denevers eut une autre destinée, dont l'influence ne fut pas moins considérable sur le développement de notre jurisprudence. Sa direction avait passé, en 1822, aux mains d'un jeune avocat à la Cour de cassation, de vingt-sept ans, M. Dalloz. Celui-ci comprit bien vite la nécessité pour son journal de procéder à une refonte de toute la jurisprudence antérieure, et commença à réaliser son projet dès 1825, deux années après la tentative analogue faite au *Journal du Palais*. Pour l'avenir, il apportait au recueil cette amélioration d'y distinguer trois parties, dont la seconde était réservée aux Cours d'appel. Pour le passé, c'est-à-dire pour tous les arrêts antérieurs à 1825, au lieu de les rééditer améliorés et complétés dans leur ordre chronologique, Dalloz se décida à réunir et à classer tous ces arrêts par ordre de matières, en distribuant les matières elles-mêmes selon l'ordre alphabétique. Ce n'est que dans le sein d'une même matière qu'il rangeait par ordre de date les décisions semblables ou contraires. Le procédé n'était pas bien nouveau, puisque notre ancien droit avait connu bien des répertoires d'arrêts et que depuis le Code civil l'exemple avait été magistralement donné par le Répertoire de Merlin. On sait quels services considérables le Répertoire de Merlin avait rendus à la pratique au début du Code civil ; c'est là qu'on allait chercher ses raisons de décider. Merlin n'avait rien de commun avec l'Ecole dogmatique en honneur chez nous. Il « ne recherchait pas la raison philosophique ou la raison morale des lois. Cette matière ne lui eût point paru assez positive, assez nerveuse. Il eût craint que le débat ne s'égarât dans le vague des théories et qu'on ne le taxât d'idéologue. Mais lorsqu'il tenait en main un texte de loi, rien de ce qui avait concouru à la confection et à la marche de cette loi ne lui échappait... Les termes mêmes du texte étaient expliqués et retournés en tout sens, comme le fer que l'on frappe et que l'on rebat sur l'enclume » (Dupin, *Plaidoyers*, etc., IV ; Discours de rentrée de 1839, p. 77). Ajoutez-y que personne ne connaissait mieux l'ancien droit et n'en faisait une plus saine application dans les procès complexes de cette époque, et vous comprendrez de quelle autorité son œuvre avait joui. Mais après 1815, le Répertoire s'était trouvé proscrit en même temps que son auteur. D'autre part, Merlin avait eu beau, du fond de son exil, remanier ou compléter son œuvre, la composition même en avait vieilli. Les questions transitoires et l'ancien droit y tenaient une place excessive aujourd'hui, et la jurisprudence avait sensiblement déjà modifié beaucoup de

ses tendances. Aussi le Répertoire était-il délaissé. Mais on en avait le souvenir encore assez vivant pour que la tentative de Dalloz fût suivie avec un intérêt considérable. La publication eut douze volumes et fut achevée en 1831. Elle eut un succès considérable. Sans doute l'ordre systématique offrait de graves difficultés pour le classement des arrêts. Il est rare, en effet, qu'un arrêt ne résolve qu'une question unique ou ne puisse être envisagé que sous un seul aspect. Et alors on est obligé, ou bien de morceler les arrêts, comme le fait Merlin, en risquant ainsi de leur enlever leur couleur, parfois même quelqu'une des raisons qui ont frappé le juge, — ou bien, pour les conserver entiers à la même place, d'aboutir à un classement souvent arbitraire. C'est là le grave défaut de l'ordre systématique, auquel on ne remédie pas entièrement à l'aide de tables chronologiques. Pourtant la connaissance de la jurisprudence sembla tellement facilitée par la publication de Dalloz, que rapidement on l'imita et que l'application du procédé fut considérablement élargie par Dalloz lui-même dans des publications postérieures. L'œuvre initiale de Dalloz, dont je parle, portait le titre du recueil auquel elle devait servir de réédition et de point de départ : *Jurisprudence générale du royaume* ou *Journal des Audiences*. Quatre ans après qu'elle eut pris fin, en 1835, le frère puîné de Dalloz, Armand Dalloz, fit paraître un « *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* ». Déjà le but poursuivi s'est sensiblement agrandi. L'auteur désirait que son *Dictionnaire* pût tenir lieu non plus seulement de quelques volumes d'arrêts, mais encore d'un « grand nombre d'ouvrages sur le droit, la jurisprudence et la législation aux personnes qui ne veulent pas faire l'acquisition de ces ouvrages ». Outre la jurisprudence, l'auteur y fait donc entrer l'historique, le résumé et le texte des dispositions législatives et enfin les opinions des auteurs sur les questions traitées. C'est bien autre chose que l'ancien répertoire de jurisprudence, c'est l'encyclopédie juridique, qui met la science du droit à la portée de tous, sans fatigue et sans recherches, ou, pour mieux dire, c'est un recueil alphabétique de solutions usuelles sans danger, assaisonnées à la mode scientifique. Le *Dictionnaire* fut publié en 1835 en six volumes et suivi de deux volumes de supplément contenant la jurisprudence de 1834 à 1842. Le *Dictionnaire* devait trouver plus grande faveur encore que la *Jurisprudence générale*, puisqu'il facilitait encore davantage le travail des praticiens. Les recueils rivaux durent sacrifier à la même tendance. J'ai vu signaler un Répertoire de Devilleneuve, postérieur à 1840 et antérieur à 1845 (1), mais je ne l'ai jamais rencontré. En tous cas le *Journal*

(1) Le Répertoire de Devilleneuve est signalé par F.-F. Patris dans l'avant-propos du Répertoire du *Journal du Palais*. Patris critique même l'ouvrage au point de vue de la disposition des mots « Jugement par défaut » et « Opposition », p. iv. Malgré toutes mes recher-



du Palais, sous la direction de Ledru-Rollin, en entreprit un en 1845, en douze volumes. Le plan se rapproche sensiblement de celui d'Armand Dalloz, avec un plus grand nombre de mots et des divisions plus nombreuses. C'est sans doute cette éclosion de répertoires qui poussa enfin Dalloz l'aîné à reprendre pour son compte la tentative de son frère Armand et à commencer en 1846 la publication du grand *Répertoire alphabétique* qui resta pendant de longues années unique par son énormité et la valeur de sa composition et qui a été le véritable point de départ de toute une littérature actuelle de même espèce. L'auteur fit entrer dans son plan nouveau tout ce qui se rattachait au droit public, à la philosophie du droit et à son histoire, ainsi qu'à toutes les branches de la législation. Mais l'ouvrage n'en continua pas moins à former la tête de la collection du recueil périodique de « Jurisprudence générale », qui depuis 1845 prit de ce chef une bien plus grande extension. Commencée en 1846, date à laquelle parut le second volume, la publication se continua pendant de longues années et ne put être achevée qu'en 1870, date du premier volume paru le dernier et qui contient à lui seul une véritable histoire du droit français qui sert d'introduction au Répertoire. La collection compte 44 volumes in-4°. Depuis, un supplément y a été ajouté, paru de 1887 à 1897, en 19 volumes. C'est à ce moment que la Direction du Sirey en entreprit à son tour un, sous la direction de M. Fuzier-Hermann (1887). Un nouveau recueil d'arrêts, les *Pandectes françaises*, inauguré en 1886 et précédé par un résumé chronologique en 6 volumes in-4° de la jurisprudence de 1830 à 1886, dû à M. Ruben de Couderc, avait déjà commencé à cette même date un travail de même espèce. Le Répertoire du Sirey et celui des *Pandectes* sont en cours de publication. Le Répertoire de Dalloz n'est d'ailleurs que l'échantillon le plus puissant et le plus parfait de cette véritable forêt de répertoires qui ont comme spontanément jailli de 1830 à 1850, en tous les domaines du droit (Répertoire de la jurisprudence du Notariat de Rolland de Villargues; Dictionnaire de procédure de Bioche; Répertoire d'administration de Blanche; Répertoire d'enregistrement de Joliet; Dictionnaire du contentieux commercial de Devilleneuve et Massé, etc.). On a eu vraiment à cette époque la hantise, la manie du répertoire; c'est

ches. je n'ai pu découvrir à quel ouvrage Patris a voulu faire allusion. D'une part, en mars 1840, Devilleneuve, dans sa préface à la réédition chronologique du Sirey, discute la valeur respective de l'ordre chronologique et de l'ordre systématique et conclut en faveur du premier, sans faire aucune allusion à un répertoire systématique, qu'il aurait certainement signalé s'il l'eût déjà fait paraître. D'autre part, l'avant-propos est au plus tard de 1845, date de l'impression. Or, de 1840 à 1845, le *Journal de la Librairie* ne signale aucune publication de Devilleneuve, ayant même pu prêter à une confusion de ce genre. Enfin, l'introduction du Répertoire publié sous la direction de Fuzier-Hermann par l'administration du *Sirey*, en 1887, ne mentionne que le Répertoire du *Journal du Palais*. D'où j'incline à conclure que Patris s'est trompé.



par le répertoire que se manifeste le plus clairement l'autorité croissante de la jurisprudence et l'influence du recueil d'arrêts sur la vie juridique de toute cette période.

Quoi qu'il en soit d'abord des formes diverses qu'il a revêtues, publication périodique ou répertoire, quel a été, sur la pratique et sur la doctrine, le résultat de l'influence croissante et déjà prépondérante qu'a prise le Recueil d'arrêts?

Sur la pratique, il a été double et de sens inverse.

Et d'abord, après avoir irrévocablement conquis la pratique au Code civil, il l'a instruite et agrandie. J'ai dit dans quel triste état l'avait trouvée la Révolution de 1830. Examinez-la dix ou vingt ans après et vous jugerez du chemin parcouru. Quand Ledru-Rollin, en 1837, faisait l'apologie de la pratique et, en montrant son rôle traditionnel dans les progrès du droit, souhaitait, non sans mélancolie, qu'on usât de plus de justice vis-à-vis d'elle, il avait raison. La pratique faisait à cette époque un effort très considérable et très méritoire pour tirer du Code civil toutes ses conséquences et traduire correctement ses préceptes en décisions d'espèces. Et cet effort elle le faisait toute seule, sans aucun secours doctrinal, à l'aide du seul instrument qu'était le recueil d'arrêts. Elle en tira bien vite profit, et c'est ce qui explique à la fois le perfectionnement du recueil d'arrêts et la croissance très rapide de son autorité. Il était vrai de dire, dès cette époque, que « d'esclave elle tendait à devenir reine », et aussi qu'elle le méritait par le talent et le labeur patient et heureux de ses principaux représentants. Son influence devait même commencer à déborder en dehors de son domaine propre. Si jusqu'en 1830 la plupart des praticiens, « ce peuple du droit », comme les appelle encore Ledru-Rollin, « couverts d'un dédaigneux oubli », n'avaient encore fait que peu de chose pour tirer la jurisprudence du « chaos » où elle se dissolvait, pourtant déjà quelques-uns essayaient de trouver aux solutions pratiques le soutien doctrinal qui leur était indispensable. C'est dès 1819 que Sirey publiait son Code civil annoté et en 1829, poursuivant un dessein plus ambitieux, il donnait sous la même forme nos six Codes en y ajoutant « des notes pour servir à un cours de droit français à l'usage des étudiants en droit ». Chez ses successeurs, Devilleneuve et Carette, chez Ledru-Rollin et d'autres, qui sont des praticiens, dans leurs notes ou dans leurs préfaces, éclate davantage encore cette aspiration à être autre chose que de simples « manœuvres » du droit, cette révolte contenue contre le dédain injuste où les tient la science et cette prétention à faire, eux aussi, œuvre scientifique, non pas à la manière des philosophes, des idéologues, abstracteurs de quintessence, mais à la façon des naturalistes ou des historiens. Sous cette impulsion, la pratique prit un tout autre aspect; de son sein surgit toute une pléiade de juristes qui mériterait bien le nom d'École des prati-

ciens, dans laquelle on rangerait, outre Dupin, à qui ses discours de rentrée ou ses réquisitoires donneraient une place éminente, des hommes comme Nicias-Gailhard, Championnière, Marcadé, Paul Pont, Troplong et d'autres encore que je ne cite pas ici. Ce sont eux qui instituèrent au prétoire à cette époque ces belles controverses, hautes et désintéressées, où la discussion dépasse la portée de l'espèce pour s'élever à la contemplation de l'intérêt général et du rôle social de la jurisprudence. C'est de ce moment que datent bon nombre de nos arrêts les plus célèbres. Ce sont eux encore qui rêvèrent même de s'annexer la théorie pour lui infuser un sang nouveau, et dont les brusqueries de jeunesse jetèrent le désarroi dans les revues respectables et anciennes de la doctrine. Tout cela montre bien de quel éclat nouveau brilla à cette époque la pratique française.

Mais en même temps, comme par un triste retour des choses humaines, elle trouva dans son succès même le germe de sa décadence. Sa plus brillante production avait été, sans contredit, le répertoire de Dalloz, et tous ceux qui avaient été constitués à son imitation. L'auteur avait sans doute eu le désir d'offrir à la pratique un résumé, commode à consulter, de la science juridique, de fournir à l'avocat tous les éléments et toutes les justifications documentaires indispensables à sa plaidoirie. Même, à en juger par l'ampleur de son œuvre et la grande place qu'y tiennent l'histoire et aussi la philosophie, son ambition avait été plus haute. Il avait rêvé de dresser le bilan complet de la science juridique au milieu du XIX[e] siècle, de faire comme l'inventaire détaillé de l'état social à cette époque. La Révolution française avait tellement changé la face des choses ; on croyait si bien en avoir épuisé toutes les conséquences, qu'on s'imaginait, dans la bourgeoisie éclairée, être arrivé à une de ces époques heureuses de l'humanité, où, après une crise longue et douloureuse, une société reprend haleine, se repose un instant sur les assises qu'elle a péniblement édifiées et prend plaisir à contempler le chemin parcouru et à déchiffrer, paisibles jusqu'à l'infini de l'horizon, les nouveaux sentiers qu'elle va suivre. C'est l'histoire de toutes les encyclopédies. Malheureusement le changement ne devait pas cesser un instant ; l'illusion d'un tableau désintéressé et complet de la vie juridique devait bien vite s'évanouir ; et de ces grands espoirs, il ne devait bientôt rester qu'un grand Dictionnaire, instrument trop commode pour ne pas favoriser la paresse et l'inertie de gens que l'activité matérielle détournait volontiers de la pure spéculation : réserve où l'on pouvait puiser à pleines mains, sans prendre la peine de les extraire péniblement par la raison et la réflexion personnelle, ou de les affiner en vue d'une espèce que la loi n'avait pas prévue, les arguments qui écraseraient l'adversaire. De plus en plus, on plaida à coups de répertoire ; le Code lui-même en vint à ne passer qu'en seconde ligne, et de toutes ces recherches doctrinales, dont la connaissance et le souci avaient auparavant

ennobli la pratique, il ne resta plus de trace dans la bibliothèque des praticiens plus jeunes. Ce que devint la pratique à ce régime, je le laisse à penser. Lentement on vit disparaître ces belles discussions juridiques qu'avaient connues les Cours de 1850. Pratique et doctrine, après s'être un instant rejointes, se séparèrent de nouveau et eurent envie de s'ignorer. Ou plutôt, la pratique, après cette période d'éclat où on avait pu croire qu'elle prendrait la tête du mouvement juridique chez nous, et entraînerait la doctrine à sa remorque, la pratique s'affaissa, se complut dans le lieu commun des Cours d'assises ou le réduit de l'homme de procédure, tandis qu'au contraire la doctrine, comme éveillée par tout ce que la pratique ancienne avait suscité, reprenait le travail délaissé, examinait pièce à pièce tous les matériaux et en construisait pour la jurisprudence, souvent impuissante à le faire elle-même, les théories qui ont rajeuni notre droit pendant ces quarante dernières années.

C'est ainsi que le même recueil d'arrêts, chronologique ou systématique, a été à la fois à cette époque, pour la pratique, l'instrument de son progrès, l'œuvre et comme le symbole de sa grandeur et le principal artisan de sa chute.

La doctrine avait, de son côté, subi d'autres influences qui avaient, au même moment, contribué à la rapprocher de la pratique et dont il faut dire quelques mots maintenant. C'est par les revues que se ressentent avec le plus de finesse toutes les ondulations de surface ou demi-profondes qui peuvent altérer ou assouplir la doctrine, sans toujours en modifier l'essence. Les ouvrages de longue haleine, plus rares, trop médités pour conserver la trace des contingences, renseignent bien moins sur la vie quotidienne. Et les revues nous ont gardé le souvenir de quelques événements intéressants à notre point de vue. Sous la Restauration, *la Thémis*, née en 1819 et morte en 1830, a initié la doctrine française à la renaissance du droit romain en Allemagne et aux progrès de l'Ecole historique conduite par M. de Savigny. Et on sent à travers cette revue que ce fut un des plus grands étonnements pour la doctrine, toute éprise de l'œuvre révolutionnaire, toute enthousiaste du Code civil où elle voit la formule immuable de l'équité, d'entendre M. de Savigny déclarer que le Code civil avait tué la science du droit en France (1). S'il est vrai, en effet, que le droit est un produit spontané et mobile de la conscience juridique populaire, en harmonie constante avec les mœurs et l'état social où il est né, comment ne pas en déduire que la codification est un acte fâcheux, puisqu'elle a pour but de mettre un frein à ce changement incessant, à cette adaptation constante et quotidienne du droit, d'imposer au progrès une barrière dont la fan-

(1) Tables analyt. de la *Rev. de législ.* et de la *Rev. crit.*, 1860. — Introd. histor., de LAFERRIÈRE, p. x.

taisie du rédacteur a seule fixé la place et la hauteur — et aussi comment ne pas reconnaître qu'en faisant dévier la doctrine de l'étude des mœurs et de la conscience populaire vers celle de la lettre artificielle de la loi, on transforme cette doctrine en une scolastique sans valeur? On fut très ému en France de la célèbre dispute entre Thibaut, le chef de l'Ecole philosophique et Savigny l'historien. *La Thémis* avait soin de fournir à ses lecteurs comme les pièces du procès. M. Blondeau s'y attachait même à réfuter la doctrine de Savigny et à montrer comment l'Ecole historique avait en tout cas ceci d'inacceptable qu'elle voulait enchaîner l'avenir au passé. Le résultat de la controverse fut, non pas de changer la direction dogmatique générale, mais d'atténuer, dans la doctrine française, les tendances absolues qui l'avaient dirigée jusque-là. On fut désormais moins sûr que le Code contenait bien l'expression immuable de la justice éternelle. Sans doute on combattit en l'honneur de la philosophie, mais, dans le combat, on se trouva obligé de faire les concessions nécessaires pour pouvoir espérer de triompher. La Révolution de 1830 tua *la Thémis* et, avec elle, disparut ce premier essai de conciliation du passé et de la doctrine philosophique révolutionnaire dont elle avait été l'instrument. La pratique était encore trop peu intéressante pour que la doctrine subît dès ce moment son attraction. Sans doute, elle devait, à la longue, tirer profit des théories de l'Ecole historique, puisqu'elle était l'élément mobile du droit, la seule institution qui pût traduire, à travers la variété de ses espèces, les aspirations nouvelles de la conscience populaire ; elle contenait l'histoire au jour le jour de ses oscillations. Les hommes de 1840 s'en sont bien rendu compte ; les préfaces de Ledru-Rollin et de Devilleneuve en sont la preuve. Mais il n'était pas temps encore pour la pratique d'intervenir ; personne dans la doctrine n'aurait encore consenti à entrer en pourparlers avec elle, d'autant moins que le bouleversement de 1830 donnait comme un regain de force aux théories philosophiques de la Révolution. Il fallut auparavant que le dogmatisme de l'Ecole eût été davantage ébranlé par l'étude comparative des législations étrangères, qui succéda à celle de l'histoire. C'est à quoi se consacra, de 1830 à 1850, la *Revue Fœlix*. Elle a continué, à ce point de vue, l'œuvre de dégradation de *la Thémis*. C'est seulement après que la brèche eût été ouverte ainsi dans la doctrine par l'histoire et les législations étrangères que la jurisprudence et la pratique purent enfin y pénétrer à leur suite.

Pendant ce temps, les recueils d'arrêts s'étaient accrus et perfectionnés au point de fournir à toute étude attentive une véritable mine de documents nouveaux. Il était facile d'apercevoir maintenant quelle riche matière à expérimentation juridique on avait par elle à sa disposition, et combien l'intérêt de cette étude était tout de même plus grand et plus immédiat que celui du commentaire de textes étrangers qu'on recueillait pénible-

ment et incomplets et qu'on pénétrait souvent mal. En même temps la pratique s'était éclairée et instruite ; elle avait pris conscience d'elle-même. Elle se refusa à accompagner désormais la doctrine dans ses excursions au dehors. La *Revue Fœlix* succomba en 1853 sous son indifférence (1). La Révolution de 1848 avait d'ailleurs tout à coup manifesté aux yeux de tous les transformations industrielles et sociales accomplies depuis le Code civil ; de nouvelles difficultés d'application étaient nées ; sur certains points la conscience sociale demandait davantage. Et la pratique, forte de son expérience, allait maintenant faire une puissante tentative pour attirer à elle la doctrine et essayer, avec son concours, de donner au progrès juridique en France une impulsion plus rapide, plus hardie et moins exclusivement théorique. La *Revue de législation et de jurisprudence* avait bien tenté, depuis 1835, sous la direction de M. Wolowski, d'appeler à elle, pour l'étude du droit français, praticiens et doctrinaires. Mais la place qu'elle offrait à la pratique restait encore très effacée et celle-ci la voulait déjà prépondérante. En 1851, MM. Marcadé, Demolombe, Coin-Delisle et Paul Pont réalisèrent cette prétention en fondant une *Revue critique de la jurisprudence en matière civile* et en inaugurant dans leur Revue l'examen doctrinal de jurisprudence qui est le prélude direct de la note d'arrêts de la période suivante (2). En deux ans, la nouvelle revue obligea son aînée à venir à composition. On fondit en une seule les deux rédactions et on maria les deux titres. C'est de là qu'est née la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Malgré les résistances de quelques doctrinaires, l'examen doctrinal de jurisprudence conserva la première place dans chaque numéro, en prenant parfois un aspect un peu moins fragmentaire. C'était bien la fusion de la doctrine et de la pratique dans une œuvre commune. Et c'était en réalité à la pratique qu'en revenait le grand honneur : elle avait bravement et respectueusement donné l'assaut à la doctrine et elle avait triomphé. C'était à elle que venait de passer la primauté dans le progrès du droit (3).

(1) Table analyt. de la *Rev. de législ.*, etc., LAFERRIÈRE, p. XXVIII.

(2) Introduction historique à la Table des Revues, par LAFERRIÈRE, 1860, p. XLIV.

(3) Il faut signaler encore, pour être complet, la fondation de la *Revue pratique de droit français* en 1856 par MM. DEMANGEAT, BALLOT, MOURLON et E. OLLIVIER. Il est fort difficile, aujourd'hui, de se rendre compte du but particulier qu'ont poursuivi les fondateurs. Ils ne l'ont indiqué nulle part, et la division ou la composition des divers volumes ne diffère pas sensiblement de celles de la *Revue critique*. A peine peut-on dire qu'elle fait une plus grande place à la chronique du Palais. Peut-être aspira-t-elle à prendre, pour ceux que la fusion de la *Revue de jurisprudence* et de celle de *législation* avait mécontentés, la place demeurée vacante de la *Revue de jurisprudence*. En tous cas son titre confirme l'importance qu'a su acquérir la pratique de cette époque. La *Revue pratique* a cessé de paraître en 1884. Son 56e et dernier volume qui porte cette date n'a même été distribué aux lecteurs qu'en 1887.

Mais si la doctrine avait été obligée de subir ces conditions, on aurait tort de croire ni qu'elle l'ait fait de son plein gré et de son propre mouvement, ni que la capitulation des revues apportât un changement complet et radical à ses tendances. Au fond, l'impression est bien autre, si on se reporte ou à l'enseignement ou aux grands traités. Si les ouvrages comme ceux de Duranton et de Demante sont à ce point de vue bien différents de ceux de la période antérieure, pourtant ils ne laissent pas soupçonner que la doctrine ait complètement renoncé à ses anciens errements. Il existe encore bien des méfiances vis-à-vis de la pratique. La jurisprudence y tient une place encore médiocre. A l'Ecole, on connaît la pratique ; on étudie les recueils d'arrêts ; on commence à éprouver tout l'intérêt de l'espèce bien analysée, du point de droit finement dégagé, de la règle élégamment appliquée. Mais ce ne sont encore qu'exercices de logique délicate et subtile et de déduction rigoureuse. On aime à argumenter, à engager des joutes de dialectique qui conservent à la jurisprudence sa même condition subordonnée, et ne donnent à la pratique que la valeur d'un art d'application. La notion du changement lent du droit, grâce aux inflexions que la jurisprudence fait subir à la loi ; celle du consentement général tacite qui fait de la jurisprudence non seulement la servante, mais l'émule et comme le suppléant de la loi, n'ont pas encore cours en doctrine. Il faut arriver à la troisième période pour les y rencontrer.

III

Ce qui caractérise la dernière période de la vie de nos recueils d'arrêts, c'est le développement et l'importance prépondérante qu'y prend de plus en plus la note d'arrêts et l'apparition d'une véritable école de juristes qui se consacrent à ce genre nouveau, dont les uns sont comme d'origine praticienne et les autres d'origine doctrinale, et dont la rencontre dans les mêmes recherches et dans les mêmes recueils constitue la plus heureuse occasion et le meilleur exemple de la fusion de la pratique et de la doctrine à cette époque. C'est la note d'arrêts qui a permis de tirer de la jurisprudence tout l'enseignement qu'elle contient en y amalgamant, pour lui donner la consistance nécessaire, une parcelle de cet esprit doctrinal sans lequel elle resterait éparse. La note d'arrêts constitue dans la littérature juridique contemporaine le genre le plus souple qui existe, susceptible de devenir ou plus dogmatique ou plus pratique suivant son rédacteur, tout en conservant un intérêt capital pour les deux catégories de lecteurs. Elle a pour avantage considérable de présenter le droit vivant, c'est-à-dire dans toute la complication et l'enchevêtrement des intérêts opposés qu'il a mission de concilier ; de permettre, à cette occasion, au juriste, de consulter, tout au fond de sa conscience, son propre sens de l'équité sur un point par-

ticulier, d'une application immédiate, sur lequel il y a chance que des hommes de tendances diverses, mais d'égale bonne foi et d'égale finesse, se rencontrent quand ils appartiennent à une même société et à une même époque; de se prêter par conséquent à une détermination, avec les moindres chances d'erreur, de la solution qui répond le plus exactement à la conscience générale et par conséquent de la direction dans laquelle il est souhaitable de s'engager; et aussi de donner libre et utile carrière aux aspirations constructives ou exégétiques du juriste qui l'entraîneront à ordonner et à organiser toutes les décisions d'espèce en un appareil assez résistant pour que l'arbitraire ou le privilège ne puissent rien contre lui. Et tout cela prend dans la note un caractère si actuel, si vivant et parfois si émouvant, que peu d'esprits résistent à la séduction qu'elle exerce, moins abstraite, moins raide et moins froide que la pure spéculation dogmatique, plus désintéressée, plus générale et d'une plus sereine impartialité que la consultation ou que la plaidoirie ou même que le rapport judiciaire. Peu de genres conviennent mieux à la souplesse et à la finesse de bon sens du tempérament français, et c'est peut-être pour cela qu'elle a si bien réussi chez nous et qu'un des maîtres actuels de la science juridique pouvait dire, il n'y a pas bien longtemps, avoir entendu à l'étranger compter tel de nos grands recueils d'arrêts parmi les meilleures de nos revues juridiques et les plus appréciées (1).

La note d'arrêts, comprise avec cette ampleur, a de très grands rapports avec l'examen doctrinal inauguré dans les revues en 1851. C'est ce qui explique que je place à la même époque son avènement. La similitude est même telle qu'on peut citer bien des dissertations (surtout parmi celles de Paul Pont, Marcadé ou Labbé) qui ont été insérées simultanément et les mêmes comme examen doctrinal dans une revue et comme note dans un recueil d'arrêts. La note a eu pourtant plus de succès et une influence peut-être plus considérable, sans doute à raison de circonstances purement fortuites. Ainsi le recueil d'arrêts donne un fascicule mensuel et ne contient que des arrêts et des notes, c'est-à-dire les contient en bien plus grand nombre que les revues souvent bi-mensuelles et où une préoccupation doctrinale enlève une bonne partie du fascicule à la jurisprudence. Ajoutez que souvent c'est seulement une fois dans l'année que la jurisprudence, sur une même matière, est passée en revue, ce qui donne à l'examen une allure plus dogmatique et plus construite. C'est peut-être même à cause de ces avantages de la note d'arrêts sur l'examen doctrinal que parfois les revues ont été tentées (comme la *Revue critique* après 1870) de diminuer la place faite chez elle à la jurisprudence, en abandonnant ce domaine au recueil d'arrêts. C'est pour ces raisons aussi que la note

(1) *Un anniversaire au Sirey.* Discours de M. LYON-CAEN, Paris, 1902.



d'arrêts représente mieux et plus régulièrement le mouvement jurisprudentiel à notre point de vue que l'examen doctrinal, bien que l'histoire de ces deux formes jumelles soit en réalité la même.

Les arrêts ont été de très bonne heure annotés. Le classement chronologique des décisions de jurisprudence oblige bien de suite à des renvois bibliographiques aux arrêts antérieurs conformes ou contraires. Parfois même, dès la première époque de cette histoire, on inséra, à titre d'éclaircissement, en même temps que l'arrêt, la consultation donnée par un des rédacteurs du recueil dans l'affaire (1). Enfin on trouverait même quelques rares notes véritables dans les recueils antérieurs à 1830 soit de Sirey (2), soit de son successeur Devilleneuve. Mais elles ont encore à cette époque le caractère de dissertations où l'interprétation du Code est cherchée surtout dans le passé. On y rencontre bien plus d'arguments tirés de Pothier ou du *Corpus juris civilis* de Justinien que du Code civil. La jurisprudence ne saurait d'ailleurs fournir encore que de bien rares directions et c'est elle qu'on essaie d'éclairer plutôt qu'on ne la prend pour guide. Un grand pas est déjà fait dans la voie de l'amélioration de la note, après les secondes éditions des divers recueils. Même pour la constitution de ceux qui ont conservé l'ordre chronologique des arrêts, un grand travail critique a été accompli; on a dû, sur de nombreuses matières, rapprocher, élaguer, concilier beaucoup d'arrêts. Il s'en est déjà dégagé comme quelques tendances générales de la jurisprudence nouvelle, qu'on s'efforce de systématiser. Un de ceux qui méritent d'être mis en première ligne dans cette œuvre d'initiation est certainement M. Devilleneuve, le nouveau rédacteur en chef du *Sirey*. On lui doit plus d'une quarantaine de notes importantes (la bibliographie la plus complète est celle de Dramard), dont quelques-unes appartiennent à la période antérieure à 1830. Le grand travail qu'il accomplit avec M. Carette de 1830 à 1840 et dont j'ai si souvent signalé la remarquable préface, a certainement donné à son esprit une hardiesse et une ampleur auxquelles les arrêtistes ne nous avaient pas encore habitués. Qu'on lise par exemple la grande note publiée par lui en 1842 (S. 42, I, 898) sur la combinaison des art. 913 et 1094 pour la fixation du montant de la quotité disponible quand on trouve parmi les gratifiés, outre l'époux, des étrangers, et on conviendra qu'il a ici, par avance, donné un modèle de ce que deviendra quinze ou vingt ans après la note d'arrêts. L'auteur ne se borne pas à l'examen de l'espèce et à l'étude exégétique des textes du Code à son sujet, il essaie d'en dégager la pensée générale de la jurisprudence dans toutes ses décisions en matière de liberté testamentaire, de la mettre parfois en contradiction

(1) *Devilleneuve et Carette*, IV, II, 90 — IV, II, 523.
(2) *Sirey* 1824, II, 41 — 1830, II, 337 — 1831, I, 144.

avec elle-même sur ce point, et d'en tenter une systématisation plus harmonieuse; en même temps qu'il montre la nécessité de recourir à une interprétation libérale si l'on veut sauvegarder la puissance paternelle. Peut-être ne tenait-il pas un compte suffisant de la difficulté qu'éprouve en France l'opinion publique à admettre la liberté testamentaire et ne comprenait-il pas que c'était pour rester en communion avec cette opinion que la jurisprudence jugeait contrairement à son sentiment. Quoi qu'il en soit, si M. Devilleneuve avait persévéré dans cette manière haute et large, on pourrait le tenir pour le véritable fondateur de la note moderne. Malheureusement on dirait qu'à mesure qu'il s'éloigne de cette date de 1840 les préoccupations historiques et doctrinales tiennent une moindre place chez lui. Et ses dernières notes ne donnent plus l'impression heureuse et nouvelle que fait éprouver celle de 1842.

D'ailleurs, même en faisant à ce grand arrêtiste sa place éminente dans cette étude, il faut reconnaître qu'il reste isolé jusqu'après 1850. C'est en effet à l'ouverture de notre troisième période que se produit un changement important. Jusque-là, dans les divers recueils, le rédacteur participe presque seul à la rédaction. Il a autour de lui un nombre variable de collaborateurs anonymes qu'il emploie sans doute à l'annotation, mais il est ou seul ou presque seul à signer les notes, probablement parce qu'elles n'ont encore qu'une importance secondaire. C'est au *Journal du Palais* que revient l'honneur d'avoir modifié ces errements. Après 1848, M. Ledru-Rollin en abandonna la direction, qui resta incertaine jusqu'en 1851. A ce moment, on plaça à la tête du Recueil M. Cuenot, qui avait déjà donné au journal de bonnes notes. C'est sous sa direction que la rédaction s'agrandit en quelque sorte et s'ouvrit aux personnalités juridiques notables du dehors. Le *Journal du Palais* devient, en même temps que la *Revue critique de jurisprudence*, comme la tribune de toute cette élite de praticiens, qui conquit tout à coup à la jurisprudence en France le premier rang dans le progrès juridique. Les collaborateurs des deux recueils sont presque les mêmes, depuis l'avocat général Nicias-Gailhard dont l'étude sur l'obligation *ultra vires* du légataire universel aux dettes de la succession (P. 1852, 2, p. 481), est restée célèbre, ou le conseiller Paul Pont, que rendaient déjà fort connu ses notes sur la combinaison des art. 913 et 1094 (1852, 2, p. 513), sur la date de naissance de l'action en rescision du partage d'ascendants (Cass., 31 janvier 1853, P. 1853, p. 257), etc., jusqu'aux avocats Marcadé (combin. d'art. 913 et 1094, P. 1853, p. 129; prélèvements de la femme commune, P. 1853, p. 513) ou Coin-Delisle (cumul de la quotité disponible et de la réserve, Amiens, 7 décembre 1852, P. 1852, p. 77), plus nettement praticiens que les deux autres. Le *Journal du Palais* se prit ainsi bien vite à avoir une note sensationnelle dans chacun de ses cahiers mensuels et parfois davantage. Des

polémiques s'établirent parfois de la note à l'examen doctrinal, qui donnèrent à cette innovation plus de retentissement (lire dans le *Journal du Palais* et la *Revue critique*, les notes de Marcadé et de Paul Pont sur la nature des prélèvements de la femme). Il faut reconnaître, d'ailleurs, que, pour que la note d'arrêts atteignît à son plein développement, il fallait que la jurisprudence commençât à donner à ses décisions un caractère général et élevé, vraiment juridique et supérieur aux simples accidents ou aux simples surprises de l'espèce. Ce fut une bonne fortune pour nous que, justement vers cette époque, la Cour de cassation fût amenée à examiner quelques-unes des plus belles thèses juridiques et des plus larges qui aient jamais été soutenues, comme celles de la nature du titre de légataire universel, de la nature des reprises de la femme commune, de la nature de la réserve, de la nature de l'impôt de mutation, etc. C'est pour notre jurisprudence comme un âge héroïque, où elle a pris conscience d'elle-même, de son rôle doctrinal dans l'application du droit.

C'est dans ces conditions, singulièrement favorables au développement rapide de son autorité, que naquit vraiment la note d'arrêts, telle que la connaît notre littérature moderne. Les autres recueils suivirent plus ou moins vite l'exemple du *Journal du Palais*, le *Sirey* d'abord, puis le *Dalloz*. La doctrine ne pouvait rester indifférente à tous ces changements. Déjà dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, la réconciliation et la fusion s'étaient opérées. On y rencontrait, côte à côte, professeurs et magistrats. Il y avait bien eu quelques hésitations au sujet de ce fameux examen doctrinal de jurisprudence. M. Laferrière nous en a conservé le souvenir (1), mais le talent des arrêtistes en était vite venu à bout. Le *Journal du Palais*, dès 1833, accueillait M. Rodière (P. 1852, p. 13), professeur à Toulouse, ou le professeur belge Arntz (*eod. loc.*, p. 19). La *Revue critique* insérait des études considérables sur la doctrine jurisprudentielle, comme celle de M. Gabriel Demante sur la nature des prélèvements de la femme commune. C'était à un professeur, M. Labbé (2), qu'il appartenait de consacrer cette heureuse pénétration de la doctrine et de la pratique par trente années de labeur employées à perfectionner encore

(1) Table des Revues, Introduction : « J'avoue sans détour qu'en entrant dans cette honorable collaboration, j'avais quelques préventions contre l'examen doctrinal. Mais ces préventions se sont graduellement affaiblies et mon opinion a suivi les progrès de ce genre de composition. L'examen doctrinal s'est écarté, comme il est facile de s'en convaincre, de la méthode exclusive appliquée aux deux volumes qui servent de frontispice à la revue actuelle. Au lieu d'être un examen détaillé de plusieurs arrêts contenus au recueil mensuel, dont l'intérêt n'était pas toujours majeur, ou dont la diversité allait quelquefois jusqu'à la discordance, l'examen doctrinal consiste dans une dissertation sur un grave sujet de controverse qui a tenu le barreau attentif ou qui partage les Cours impériales et la Cour suprême... », p. XLV.

(2) M. LABBÉ, *Nouv. Rev. histor. de Dr.*, 1895, p. 787 et suiv.



la note d'arrêts et à lui faire produire les résultats éminents que tout le monde connaît aujourd'hui. Loin de moi la pensée de méconnaître ni le talent ni l'autorité de bien d'autres hommes de doctrine qui ont en même temps que lui contribué à la même œuvre. Deux, notamment, qui appartiennent à sa génération, mériteraient une étude particulière à ce point de vue dans un travail plus étendu, M. Bufnoir (1) et M. Beudant (2), le premier avec son tact si pénétrant, sa finesse si précise, qui se joue au milieu des diversités de l'espèce, qui écarte d'un doigt subtil, un à un, tous les fils étrangers et sans intérêt dont est tissée la trame du fait pratique, pour isoler celui-là seul qu'il y a lieu de saisir, et le suivre jusqu'à sa solution rationnelle ; le second, plus ferme et plus systématique, d'une logique plus rigoureuse et plus directe, à laquelle se joint parfois un sens pratique si clairvoyant. On aurait à en ajouter d'autres plus jeunes, comme M. Léon Michel, enlevé si prématurément à la science, qu'il a pu à peine y donner sa mesure. Eux aussi ont tous donné à la note d'arrêts un éclat qu'on n'aurait pas soupçonné, et que tant d'autres vivants contribuent aujourd'hui à lui maintenir. Pourtant, parmi tous, la première place appartient à M. Labbé, par la longue durée de sa collaboration au *Journal du Palais* ou au *Sirey*, par l'influence qu'il a exercée et la nature même de son talent. Je ne veux signaler non plus auprès de lui aucun praticien. La génération des Paul Pont, Marcadé, Coin-Delisle, a été isolée dans l'histoire de la pratique. J'ai dit plus haut quelle influence néfaste avaient eue les répertoires sur la science et l'esprit juridique des praticiens, et cela au moment même où, aux mains de M. Labbé, la note s'affinait et s'élevait davantage encore. Peut-être cette raison n'est-elle pas négligeable pour expliquer pourquoi la note d'arrêts est passée presque complètement aux mains de la doctrine depuis plus d'un quart de siècle. La doctrine rachetait ainsi par son long dévouement la négligence dont elle avait fait preuve jusque-là.

En 1837, Ledru-Rollin, et en 1840, Devilleneuve, revendiquaient déjà pour la jurisprudence un rôle plus complexe, plus difficile à jouer que celui de la pure application du texte de la loi. Ils prévoyaient déjà de la jurisprudence « l'action dissolvante » sur la lettre de la loi, et aussi qu'il lui appartient, à elle « apôtre et précurseur de la loi nouvelle », de « céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées ». Ces spéculations n'étaient guère sorties pourtant du domaine purement théorique. C'est M. Labbé qui devait leur donner corps

(1) On trouvera la liste des notes de M. Bufnoir dans la notice de F. DESSERTEAUX, *Revue bourguignonne*, 1898.

(2) Pour juger du talent de M. Beudant comme arrêtiste, il faut se reporter aux principales notes suivantes : *Dalloz* 67, I, 5 ; 67, II, 25 ; 68, II, 5 ; 69, II, 121 ; 70, I, 5 ; 78, I. 241 ; 93, II, 1 ; 94, I, 257 ; 95, II, 249.

en organisant « cette action dissolvante », en la régularisant, en fournissant aux nouvelles aspirations comme leur centre de condensation. C'est grâce à lui, en effet, que s'est réalisé le rêve de Ledru-Rollin. M. Labbé, ancien secrétaire de Troplong, et par là très mêlé à la pratique, et en même temps dogmatique par éducation juridique, était bien l'homme qu'il fallait à cette œuvre. Sa pensée, plus agissante que contemplative, cherche et trouve la raison de fait qui a déterminé le juge, l'examine, l'étudie dans tous ses aspects, et comme dans tout son devenir, puis se fait subtile et ingénieuse pour découvrir l'artifice qui permettra de la traduire en règle juridique. Il a pénétré un des premiers l'utilité du rôle dévolu à la jurisprudence, celui de maintenir à un droit codifié le mouvement et la vie par une interprétation progressive. Il l'a souvent combattue, soit pour hâter, soit pour retarder sa marche, soit pour en diminuer ou en accroître la déviation ; il lui a par-dessus tout rendu le grand service d'éclairer sa route, de lui révéler parfois le but vers lequel elle se dirigeait instinctivement, de systématiser ses décisions éparses en un corps de nouvelles doctrines et de les faire entrer dans les cadres juridiques tracés par notre Code. Ayant vécu dans l'intimité des jurisconsultes romains de la belle époque classique, il leur a pris leurs procédés, jusqu'à leurs habiletés et à l'élégance de leurs solutions, leurs tendances conciliantes, leur esprit finement traditionnel et progressif. Il a été, à l'aide de la jurisprudence, lui aussi, un « *prudens* » et un « *juris conditor* ». Le nombre des notes publiées par M. Labbé, depuis 1859 jusqu'à sa mort (1894) est trop considérable pour qu'on puisse ici les signaler. Elles portent sur presque toutes les matières du droit civil ; parmi les plus justement célèbres sont celles qu'il a données sur la matière, toute nouvelle à ce moment, des assurances sous leurs trois aspects d'assurances sur la vie, assurances contre l'incendie, assurances contre les accidents.

L'influence de la jurisprudence et des notes d'arrêts, dans cette dernière période, a été considérable sur la doctrine et sur la pratique. Sur la doctrine, elle a donné à la jurisprudence une autorité de laquelle aucune autre ne peut être rapprochée aujourd'hui, sinon celle du droit comparé. Il est facile de constater les progrès de cette autorité dans les grands traités de droit civil écrits en France depuis 1855, en commençant par ceux d'Aubry et Rau et de Demolombe, pour finir par les plus récents, comme ceux de M. Baudry-Lacantinerie ou de M. Planiol. Les plus anciens, le second surtout, s'attachent encore à la jurisprudence sous son aspect fragmentaire, aux espèces, aux solutions individuelles ; chez les plus récents, c'est la jurisprudence dans son système, dans son esprit ou dans ses tendances qu'on retrouve, celle que les arrêtistes ont contribué à nous construire, et qu'ils continuent de nous organiser chaque jour. Dans l'enseignement, le progrès a été le même. M. Esmein en a, mieux que personne

et d'une manière très vivante, marqué la première étape (1) «.... L'Ecole « le sentit et ses amphithéâtres entendirent citer les arrêts des Cours à « côté des articles du Code. C'était cause gagnée à la fin du second Em- « pire, lorsque je poursuivais mes études pour la licence à la Faculté de « Paris. Dans son cours abondant, méthodique et complet, M. Duverger « relevait soigneusement les principales décisions de la jurisprudence. Il « est vrai qu'elles étaient surtout introduites comme des autorités à l'ap- « pui de tel ou tel système, plutôt qu'étudiées directement et en elles- « mêmes. Chaque opinion avait, en ordre régulier, son cortège d'arrêts « et d'auteurs. Dans le cours de M. Valette, la jurisprudence était plus « directement étudiée, mais par occasion et par saccades. C'était tel arrêt « qui avait retenu la curiosité du professeur et qu'il présentait à ses « élèves à raison de son originalité ou de son importance. Et je vois en- « core le vieux maître dépliant, pour le citer, le numéro de la *Gazette des* « *Tribunaux* où il l'avait saisi au passage, et qu'il avait conservé. Avec « MM. Beudant et Bufnoir, le flot envahisseur de la jurisprudence s'élar- « git amplement ; l'étude des principales constructions qui sont dues à « celles-ci : donations déguisées, assurance sur la vie, régime de la dot « mobilière, prenait place dans l'enseignement.... » Ces tendances si favorables à l'influence jurisprudentielle se sont, depuis ce moment, affirmées bien davantage encore. La plupart de nos civilistes actuels sont en même temps de précieux arrêtistes. Et on sent bien la faveur dont jouit le juge à l'Ecole, rien que par l'éclosion de toutes les théories récentes sur l'interprétation, dont la plupart aboutissent à faire du juge une sorte d'arbitre entre les contractants, sur le tact juridique duquel on fait assez fond pour lui permettre de prendre conseil de son sentiment intime autant que du texte de la loi. La note d'arrêts et l'examen doctrinal, dans cette sorte de communion quotidienne qu'il faudrait établir alors entre l'interprète doctrinal et le praticien, seraient sûrement les deux instruments les plus indispensables et les plus puissants pour régulariser toute notre vie juridique. Que diraient nos vieux juristes dogmatiques du début du XIXe siècle, si hautains vis-à-vis de la pratique, si pénétrés de la vertu

---

(1) Ce passage est extrait de l'étude sur « la jurisprudence et la doctrine » que M. Esmein a publiée en tête du premier numéro de la *Revue trimestrielle de Droit civil*, fondée en 1902 sous la direction de MM. Esmein, Massigli, Saleilles et Wahl. La fondation de la revue et le programme qu'elle s'est assigné, constituent l'événement le plus récent et le plus significatif, quant au rôle actuel de la jurisprudence dans le développement du droit et à la conception que s'en font aujourd'hui les hommes de doctrine. M. Esmein, et la revue par son organe, demandent que la « doctrine prenne désormais la jurisprudence pour son principal objet d'étude »; qu'elle la considère comme un fait « historique » dont il y a lieu de rechercher les origines, les causes et les procédés; qu'elle en fasse la « synthèse »; qu'elle en mette enfin le système en harmonie avec la « technique » de notre droit national.

absolue de la formule de la loi ? Ne penseraient-ils pas, en constatant, dans le regret de leur âme, cette intimité flagrante, que c'en est fini du Code qu'ils avaient édifié, et que le monument est si bien recouvert par ces végétations parasites qui s'attachent aux vieilles choses, qu'il y disparaît presque tout entier? Et leur sérénité ne serait-elle pas tristement altérée par cet amas de volumes d'arrêts qui ont pris dans nos bibliothèques la place où siégeaient autrefois si dignement, plus discrets, les travaux préparatoires du Code civil?

Ed. Meynial.

Ch. LYON-CAEN

Membre de l'Institut
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

De l'Influence du Droit commercial sur le Droit civil depuis 1804

DE L'INFLUENCE DU DROIT COMMERCIAL
SUR LE DROIT CIVIL DEPUIS 1804

Le Droit civil français a, depuis 1804, subi de nombreuses modifications dues à l'influence du Droit commercial : un grand nombre de règles faites originairement pour le commerce seul, sont devenues des règles de droit commun. Il y a là, du reste, un fait qui n'est spécial ni à notre temps ni à la France. A Rome, on l'a souvent constaté, des innovations introduites par le préteur seulement dans l'intérêt des affaires commerciales, ont fini par recevoir une portée d'application générale (1) et les principes du droit des gens (*jus gentium*), admis surtout pour faciliter les relations commerciales avec les étrangers, ont été peu à peu appliqués même aux rapports entre citoyens romains. De nos jours, le même fait s'est produit dans les pays étrangers. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple récent entre beaucoup d'autres, le Code civil allemand de 1896, en vigueur depuis le 1[er] janvier 1900, s'est approprié, pour les généraliser, de nombreuses dispositions contenues dans le premier Code de commerce allemand de 1861 (2).

Si l'influence du Droit commercial sur le Droit civil est constante et universelle, c'est qu'il y a là l'application d'une sorte de loi d'évolution naturelle (3). Quand deux législations coexistent, la plus équitable, la plus simple, la moins formaliste, celle qui fait le plus complètement abstraction de la nationalité des individus, et ce sont là des caractères du Droit commercial par rapport au Droit civil, tend à s'étendre et à devenir la législation unique et commune.

---

(1) Ainsi, le préteur dérogeant à la règle du droit civil romain selon laquelle les esclaves et les fils de famille peuvent faire acquérir des droits à leurs maîtres ou à leurs pères de famille, mais non les obliger, avait admis, sous le nom *d'action institoria*, une action contre celui qui avait préposé son esclave ou son fils de famille à la gestion d'un commerce terrestre. Par extension, on admit sous le nom d'action *quasi institoria* qu'un tiers ayant contracté avec un mandataire, pourrait agir contre le mandant à raison d'une obligation contractée par le premier.

(2) V. Riesser, *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.*

(3) V. Huvelin, *L'histoire du Droit commercial (conception générale, état actuel des études)* (1904). — V. aussi Thaller, *De la place du commerce dans l'histoire générale et du Droit commercial dans l'ensemble des sciences* (1892).

Mais les transformations ou les modifications du Droit civil sous l'influence du Droit commercial paraissent avoir été plus nombreuses en France et au XIXe siècle qu'en aucun autre pays et en aucun temps. Cela tient à la fois à la date à laquelle remonte le Code civil français, le plus ancien des Codes civils du monde, et aux grands changements qui, durant le siècle qui vient de s'écouler, se sont produits dans les relations entre les hommes, au développement des rapports internationaux, à la facilité et à la rapidité des communications dues à des découvertes et à des inventions de toutes sortes.

Au début du XIXe siècle, il était relativement rare qu'une personne qui n'était pas commerçante se livrât à des opérations non commerciales nombreuses, ces opérations ne se renouvelant pas souvent pour le même individu, se faisaient lentement; des non-commerçants avaient rarement de nombreux créanciers et le besoin de crédit n'existait guère pour eux; quand ils contractaient, c'était presque exclusivement avec des compatriotes; les sociétés elles-mêmes, fondées pour des entreprises non commerciales, n'avaient que bien rarement besoin d'importants capitaux, par cela même que ces entreprises étaient généralement assez restreintes. Il résultait de là que le Droit civil pouvait sans inconvénient entourer de formalités plus ou moins compliquées les opérations régies par lui, soumettre à des conditions rigoureuses la preuve des contrats, se préoccuper peu des questions de crédit, rendre difficile pour les étrangers l'accès des tribunaux français, ne pas placer sur un pied d'égalité complète les nationaux et les étrangers, admettre des sociétés dont l'organisation et le fonctionnement ne convenaient pas aux grandes entreprises.

Les choses ont profondément changé depuis 1804. Beaucoup de non-commerçants font aujourd'hui des opérations répétées; comme les commerçants, ils ont de fréquents appels à faire au crédit; comme eux, ils ont parfois de nombreux créanciers, ils contractent avec des étrangers; enfin, des sociétés se fondent pour des opérations civiles de la plus grande importance. Les habitudes du commerce tendent à devenir des habitudes générales; ses besoins deviennent ceux de tout le monde.

Aussi des différences entre le Droit civil et le Droit commercial qui s'expliquaient soit à l'époque où le premier s'est séparé du second par réaction contre les règles étroites et formalistes du Droit romain et du Droit canonique, soit même à l'époque de la confection de nos grands Codes français, ne se justifient plus aujourd'hui. Il ne faut, par suite, pas s'étonner que beaucoup de ces différences aient disparu ou se soient, tout au moins, atténuées. Les deux grandes branches du droit privé tendent de plus en plus, en France comme ailleurs, à revenir à leur unité primitive. De bons esprits pensent même que cette unité sera un jour complètement reconstituée par suite de la fusion opérée entre le Droit civil et le

Droit commercial (1). Si cette fusion doit se produire, elle ne sera que le dernier résultat de l'influence exercée par le Droit commercial et, par suite, elle se réalisera au profit de ce dernier, par cela même qu'il est plus équitable et moins formaliste, qu'il tient plus de compte du besoin de célérité et de crédit devenu commun à presque toutes les opérations et à toutes les personnes. Mais les plus ardents partisans de cette fusion doivent le reconnaître, si complète qu'elle puisse être, elle ne s'appliquera jamais à toutes les matières du Droit civil; la nature des choses s'y oppose. Elle ne peut se concevoir que pour les matières communes aux deux branches du Droit privé, c'est-à-dire pour les contrats et pour les obligations, ainsi que pour la réglementation de la situation du débiteur embarrassé dans ses affaires et des droits de ses créanciers. Les grandes matières du Droit civil qui touchent le plus aux questions d'ordre politique et social, lui sont exclusivement propres; sur les règles qui les régissent, le Droit commercial ne peut avoir aucune influence et, en ce qui les concerne, il ne saurait être question ni de fusion, ni même de rapprochement. Il en est ainsi pour l'état des personnes (2), pour l'organisation de la famille, pour l'organisation de la propriété, pour les successions, pour les donations, pour les testaments, pour les régimes matrimoniaux.

Sous cette importante réserve, il importe de se rendre un compte aussi exact que possible du chemin déjà parcouru et de dire quelques mots de la possibilité d'une fusion.

Si le Droit civil a été complété ou modifié depuis 1804 par suite de nombreux emprunts faits au Droit commercial, on ne saurait voir là une preuve des imperfections ou des lacunes du Code civil. Celui-ci était fort bien adapté aux besoins et aux usages de l'époque où il a été fait; comme nous le disons plus haut, ce sont des changements de toute nature, impossibles à prévoir au début du XIXe siècle, qui ont été la cause déterminante des modifications subies par le Droit civil par suite de l'influence du Droit commercial.

Celle-ci s'est manifestée de plusieurs façons. C'est grâce aux conventions des parties, à la jurisprudence, parfois à des lois, que des dispositions spéciales à l'origine au Droit commercial ont été étendues.

Le Code civil, et ce n'est pas là assurément un de ses moindres mérites, fait, dans les matières qui ne touchent pas à l'état et à la capacité des personnes une large place à l'autonomie de la volonté. Aussi un grand

(1) Consulter CHARLES LAURENT, *De la fusion du Droit civil et du Droit commercial* (thèse, Paris 1903).

(2) En ce qui concerne la capacité des personnes, on concevrait que le Droit civil fît quelques emprunts au Droit commercial. Ainsi, l'on concevrait que les dispositions des articles 2 à 6 du Code de commerce fussent étendues à la femme mariée et au mineur qui veulent exercer une profession même non commerciale.

nombre de dispositions du Code civil sont-elles purement interprétatives, de telle sorte que les parties peuvent en écarter l'application par l'expression d'une volonté contraire. Parfois, sous l'empire de besoins nouveaux, les parties excluent les règles du Droit civil qui leur paraissent gênantes ou peu conformes au but qu'elles se proposent, pour rendre applicables certaines règles du Droit commercial. La jurisprudence, appelée à se prononcer sur la validité de semblables conventions, s'inspire des besoins de la pratique et reconnaît facilement la validité de ces conventions, en refusant volontiers tout caractère prohibitif ou impératif aux dispositions du Code civil auxquelles elles dérogent.

C'est là ce qui s'est produit spécialement pour les cessions de créance. Le Code civil soumet ces cessions à des formalités compliquées et coûteuses; il faut, pour qu'une cession de créance produise ses effets à l'égard des tiers, aux termes de l'article 1690 du Code civil, que cette cession soit signifiée au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Mais, depuis longtemps, la loi commerciale a admis, au moins pour certaines créances, des modes de transmission plus simples et n'engendrant aucuns frais. Ainsi, les lettres de change, les billets à ordre, les warrants et les récépissés des magasins généraux sont nécessairement des titres de créance à ordre qui, comme tels, se transmettent par un simple endossement. Les connaissements et les chèques peuvent aussi être à ordre et se transmettre de la même façon. Il est possible que ces deux derniers titres et les actions des sociétés de commerce soient au porteur, alors, ils se transmettent de la même manière que les meubles corporels: de telle sorte que la tradition suffit pour que la transmission en soit opérée même à l'égard des tiers (art. 35, 282 C. com.; L. 14 juin 1865). Peu à peu, l'usage s'est répandu de donner la forme à ordre ou la forme au porteur à des titres de créance pour lesquels l'emploi de ces formes n'est pas expressément admis par les lois. On a revêtu de ces formes des polices d'assurances maritimes sur facultés, des polices d'assurance sur la vie, ou des titres, parfois même notariés constatant de simples prêts (1). On a contesté sans doute que ces formes puissent être revêtues par des titres pour lesquels aucune disposition légale ne les autorise, en faisant remarquer qu'on déroge ainsi aux dispositions de l'article 1690 du Code civil qui, par cela même qu'elles ont pour but d'organiser des formalités de publicité dans l'intérêt des tiers, ont un caractère impératif. Mais la jurisprudence et la doctrine d'abord quelque peu hésitantes ont fini par reconnaître que l'article 1690 n'a pas ce caractère et que les formalités qu'il

(1) Cass., 8 mai 1878, *Sirey*, 1878. 1. 292; *Journal du Palais*, 1878, 743; *Dalloz*, 1878. 1. 241; Cass., 7 mai 1879, *Sirey*, 1879. 1. 103; *Journal du Palais*, 1879, 251; *Dalloz*, 1879. 1. 14.

édicte peuvent, au gré des parties, être écartées si elles donnent au titre la forme à ordre ou la forme au porteur. Ainsi, les formes à ordre et au porteur, qualifiées parfois de formes commerciales (1), parce que le Droit commercial les a introduites dans la législation, sont devenues d'un emploi général, et l'endossement ainsi que la tradition coexistent avec les formalités de l'article 1690 du Code civil pour la transmission des créances.

Une extension analogue a eu lieu pour la personnalité des sociétés. Celle-ci ne semble avoir été originairement admise que pour les sociétés de commerce et elle ne ressort bien clairement de nos lois que pour celles-ci. Aucun argument décisif ne peut être invoqué pour reconnaître la personnalité aux sociétés civiles régies par le Code civil. Cependant, après des hésitations, la Cour de cassation a fini par reconnaître que les sociétés civiles jouissent de la personnalité comme les sociétés de commerce (2). La Cour suprême a été amenée à cette solution, moins certainement par des arguments de texte d'une valeur très douteuse donnés par les arrêts, que par les très grands avantages que la personnalité des sociétés présente au point de vue de leur crédit, en permettant aux créanciers de la société de se faire payer sur les biens sociaux, à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Le résultat pratique obtenu est assurément excellent. Mais la loi ainsi interprétée par une jurisprudence large et intelligente, présente une lacune singulière et fâcheuse. A la personnalité des sociétés de commerce se rattachent les formalités de publicité qui en accompagnent la constitution. Nos lois n'admettent pas, en général, qu'une personne morale se constitue sans que des formalités de publicité en révèlent au public la création. Par suite d'une exception unique, qu'aucun motif ne paraît justifier, les sociétés régies par le Code civil, se constituent sans que rien n'en révèle à l'extérieur la création.

Si, pour l'application des formes dites commerciales à tous les titres de créance et pour l'admission de la personnalité des sociétés régies par le Code civil, l'œuvre d'extension a été accomplie par la jurisprudence, c'est la loi elle-même qui a étendu le domaine du Droit commercial pour l'importante matière des sociétés. A cet égard, de grands changements ont été accomplis.

Le Code de commerce seul, complété et modifié par quelques lois pos-

---

(1) Sous ce nom on comprend aussi le transfert qui s'applique aux titres nominatifs. Mais la nature de cette formalité ne permet de l'appliquer qu'à des titres peu nombreux créés par des sociétés ou par des personnes morales publiques (art. 36 C. com.).

L'extension de la clause à ordre à des titres de créance n'ayant avec les opérations du commerce aucun rapport est plus ancienne qu'on ne le croit généralement. Ainsi, le décret du 9 messidor an III sur le régime hypothécaire attribuait la forme des titres à ordre aux cédules hypothécaires.

(2) Cass., 23 février 1891, *Sirey* et *Journal du Palais*, 1892. 1. 37; *Dalloz*, 1891. 1. 337; Cass., 2 mars 1892, *Sirey* et *Journal du Palais*, 1892. 1. 497.



térieures, avait admis le principe de la responsabilité limitée des associés et la division du capital social en parts cessibles à volonté ou actions, en s'occupant des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions (art. 26, 33, 34, 35, 36 et 38 C. com.). Le Code civil, au contraire, consacre, pour les sociétés qu'il régit, le principe de la responsabilité illimitée et admet leur caractère personnel, dont l'une des principales conséquences est qu'un associé ne peut par voie de cession se substituer une autre personne dans la société, sans le consentement de tous ses coassociés (art. 1832 à 1873 C. com.). Mais, le jour où des sociétés ont été constituées pour de grandes entreprises non commerciales et où, par suite, on a dû réunir d'importants capitaux, on s'est aperçu que les règles du Code civil empêchaient d'atteindre le but qu'on se proposait. Pour s'y soustraire, on a donné fréquemment aux sociétés de cette sorte la forme anonyme ou celle de la commandite par actions. Des difficultés se sont élevées sur le point de savoir si des sociétés ayant un objet civil peuvent revêtir ces formes, échapper ainsi au principe de la responsabilité illimitée et diviser leur capital en actions. La jurisprudence a cru devoir, en général, résoudre la question dans le sens négatif. Elle méconnaissait ainsi les besoins légitimes et impérieux de la pratique, en même temps que sa solution ne semblait guère concorder avec les dispositions de la loi sur les mines du 21 avril 1810, qui reconnaît aux sociétés de mines, sociétés dont l'objet est civil, la faculté de revêtir la forme anonyme. Aussi le législateur est-il intervenu dans le but de rendre licites des procédés que la jurisprudence condamnait comme contraires aux principes du Droit civil. La loi du 1er août 1893 (article 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867) a décidé que toute société, quel que soit son objet, peut adopter la forme anonyme ou celle de la commandite par actions.

Cette même loi de 1893 a consacré encore d'autres règles qui constituent une nouvelle et importante manifestation de l'influence du Droit commercial sur le Droit civil. Des arrêts avaient paru exclure l'application aux sociétés par actions ayant un objet civil de la loi du 24 juillet 1867, de telle façon que ces sociétés étaient soustraites à la réglementation des sociétés commerciales revêtant les mêmes formes. L'article 68, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 par la loi du 1er août 1893, dispose formellement que les sociétés dont il s'agit sont soumises aux lois du commerce et, par conséquent, à la loi du 24 juillet 1867. — La loi du 1er août 1893 a fait une autre importante innovation qui étend aussi le domaine du Droit commercial à un autre point de vue; elle déclare sociétés de commerce toutes les sociétés par actions, quel que soit leur objet.

Sans déclarer applicables les lois commerciales à des matières régies jusque-là par le Droit civil, le législateur a souvent, en obéissant d'une façon consciente ou même inconsciente aux idées générales qui dominent

le Droit commercial, contribué au rapprochement des deux grandes branches du droit privé.

Ainsi, la publicité du régime matrimonial n'avait été organisée que pour les commerçants par le Code de commerce (art. 65 et suiv.). La loi du 10 juillet 1850 a organisé une publicité ayant le même objet, sans tenir compte de la profession des époux.

Le privilège du bailleur d'immeuble, dont l'étendue excessive fixée par l'article 2102, 1°, du Code civil avait, en cas de faillite du locataire, des conséquences déplorables, a été restreint pour ce cas par la loi du 12 février 1872. Une loi du 19 février 1889 (art. 1) a apporté des restrictions analogues au privilège du bailleur d'un fonds rural.

C'est au profit des commerçants, dans l'intérêt du crédit commercial, que le warrantage des marchandises déposées dans les magasins généraux a été introduit en 1848 et réglementé d'une façon complète par la loi sur les magasins généraux du 28 mai 1858. Le système des warrants a été étendu aux produits de l'agriculture, dans l'intérêt du crédit agricole, par la loi du 18 juillet 1898.

Le Code civil (art. 1153) avait admis que les intérêts moratoires ne courent, en principe, qu'à partir de la demande en justice formée contre le débiteur. S'inspirant des usages du commerce qui, comme on le sait, peuvent déroger aux lois n'ayant ni le caractère impératif ni le caractère prohibitif, la jurisprudence admet qu'en matière de dettes commerciales les intérêts moratoires peuvent courir dès le jour où le créancier a, d'une façon suffisamment énergique, manifesté la volonté d'être payé, sans qu'une assignation ou même un acte extrajudiciaire soit nécessaire. On a fini par reconnaître que le Code civil était trop exigeant, et la loi du 7 avril 1900 modifiant l'art. 1153 C. civ., se contente d'une simple sommation pour faire courir les intérêts moratoires.

Malgré tous ces faits qui ont amené la disparition ou l'atténuation de nombreuses différences entre le Droit commercial et le Droit civil, il en est d'assez notables qui subsistent encore. On peut les diviser en deux catégories, les unes concernent les contrats et les obligations en général, les autres sont spéciales à certains contrats.

Les différences générales concernent les preuves, la solidarité entre codébiteurs, le taux de l'intérêt légal. Les différences spéciales sont relatives à l'intérêt conventionnel en matière de prêt et au gage.

Le Code civil n'a pas admis le principe de la liberté des preuves ou, du moins, il y apporte de notables restrictions, en exigeant qu'il soit dressé un écrit dès qu'il s'agit d'une somme ou d'une valeur excédant 150 francs et en excluant, par suite, au-dessus de cette somme ou de cette valeur, la preuve par témoins et les présomptions de fait (art. 1341 et 1353 C. civ.).

L'exigence d'un écrit serait peu compatible avec la célérité qui est un des principaux besoins du commerce, et, du reste, les commerçants, qui sont presque toujours parties dans les actes de commerce, tiennent, d'après l'obligation légale qui leur incombe, des livres, pouvant suppléer dans une large mesure à des actes authentiques ou sous seing privé. Aussi, le Code de commerce, reproduisant du reste sur ce point les dispositions des anciennes ordonnances, laisse au juge, en matière commerciale, la plus grande liberté pour l'admission des preuves, spécialement par témoins et par présomptions de fait. Cette liberté n'est restreinte que pour ceux des contrats commerciaux qui ne se renouvellent pas souvent pour la même personne ou qui sont compliqués, c'est-à-dire pour les sociétés autres que les participations (art. 39, 41 et 49 C. com.; L. 24 juillet 1869, art. 21) et pour les différents contrats maritimes (art. 195, 311, 332 C. com.). Pour la preuve de ces contrats, le Code de commerce exige un écrit.

Le principe de la liberté des preuves admis en matière commerciale a des conséquences nombreuses et importantes; il en résulte notamment que les actes sous seing privé constatant des contrats commerciaux ne sont soumis ni à la formalité des doubles (art. 1325 C. civ.), ni à celle du bon pour ou de l'approuvé (art. 1326 C. civ.) et que les actes sous seing privé peuvent être considérés comme ayant date certaine à l'égard des tiers, même en dehors des cas prévus par l'article 1328 du Code civil, ce qui peut avoir l'avantage de réaliser une économie, puisqu'on évite les frais de l'enregistrement.

Le Code civil, appliquant le principe selon lequel les conventions s'interprètent en faveur du débiteur (art. 1162 C. civ.), admet que la solidarité ne se présume pas, qu'elle doit être expressément stipulée (art. 1202 C. civ.). Les usages du commerce ont, depuis très longtemps, conservé la règle tout opposée en matière de dettes commerciales : la solidarité entre les codébiteurs y est présumée, sauf convention contraire. Cette faveur pour la solidarité s'explique par la tendance du Droit commercial à donner, dans l'intérêt même du crédit, les droits les plus étendus au créancier.

Depuis la loi du 3 septembre 1807, le taux de l'intérêt légal a différé pour les dettes civiles et pour les dettes commerciales. La loi du 7 avril 1900 n'a fait que réduire le taux, en laissant subsister la distinction : le taux de l'intérêt légal qui était de 5 0/0 en matière de dettes civiles, a été réduit à 4 0/0; la réduction a été de 6 à 5 0/0 pour les dettes commerciales.

Il y a entre le gage civil et le gage commercial d'importantes différences au point de vue de la constitution et de la réalisation du gage.

Quand il s'agit du gage constitué sur une chose mobilière corporelle pour sûreté d'une dette civile, le créancier gagiste n'a de privilège opposable aux tiers qu'autant qu'il a été dressé un acte authentique ou sous seing privé enregistré, constatant la dette et spécifiant la chose donnée en

gage (art. 2074 C. civ.). Le Code civil, quand il s'agit d'un gage portant sur une créance, exige un écrit enregistré et une signification au débiteur de la créance constituée en gage (art. 2075 C. civ.). Aucune disposition n'autorise à se dispenser de cet écrit et de cette signification quand le gage civil est relatif à un titre de créance à ordre, nominatif ou au porteur, pour se contenter d'un endossement, d'un transfert fait à titre de garantie ou de la remise du titre au créancier gagiste. Pour le gage commercial, les choses ont été bien simplifiées ; en vertu de l'article 91 du Code de commerce, dont les dispositions remontent à 1863, le gage commercial s'établit, même à l'égard des tiers, par tous les moyens quand il s'agit d'une chose mobilière corporelle ou de titres au porteur ; pour les titres à ordre, la constitution de gage se fait à l'aide d'un endossement causé valeur en garantie, et un transfert de garantie suffit pour les titres nominatifs. Les formalités compliquées et coûteuses du Code civil ne demeurent exigées que pour la constitution en gage des créances à personne dénommée (art. 91, dern. alin., C. com.).

La réalisation du gage exige, en matière civile, un jugement autorisant le créancier à faire procéder à la vente (art. 2078 C. civ.). En matière commerciale, la vente du gage n'exige point l'intervention de justice, elle est possible après l'échéance par cela seul qu'il s'est écoulé huit jours depuis la sommation adressée au débiteur.

Les différences entre les règles relatives au taux de l'intérêt conventionnel dans le prêt civil et dans le prêt commercial se sont accentuées. La loi du 3 septembre 1807 avait limité le taux de l'intérêt en matière de commerce comme en matière civile ; seulement, le maximum du taux de l'intérêt était de 6 0/0 dans le premier cas, de 5 0/0 dans le second. La loi du 12 janvier 1886 a proclamé le principe de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel en matière de commerce, en laissant subsister la limitation à 5 0/0 en matière civile.

Toutes ces différences sont relativement secondaires auprès de celle qui se rattache à la faillite et à la liquidation judiciaire. Ces deux institutions sont, on le sait, spéciales en France aux commerçants. Le commerçant qui cesse ses paiements peut être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire. Les effets attachés au jugement déclaratif soit dans l'avenir, soit dans le passé, sont un obstacle à ce que les actes du débiteur nuisent à ses créanciers et assurent énergiquement l'égalité entre ceux-ci. Cela résulte principalement du dessaisissement, de l'incapacité dont le liquidé est frappé à l'égard des créanciers formant la masse, de la nullité des actes faits pendant la période suspecte, de la suspension du droit de poursuite individuelle des créanciers. En outre, la loi tenant compte des chances attachées à l'exercice du commerce et de l'intérêt des créanciers qui ne doit pas être livré au caprice ou à l'esprit d'opposition d'un ou de plusieurs d'entre eux,

admet le concordat conclu aux majorités requises. Au contraire, il n'y a aucune organisation de la déconfiture des non-commerçants ; le non-commerçant, qui est au-dessous de ses affaires, n'est ni dessaisi de l'administration de ses biens, ni frappé d'une incapacité quelconque à l'égard de ses créanciers, chacun de ceux-ci conserve le droit individuel de poursuivre son débiteur et, par suite, les créanciers les plus rigoureux ou les plus diligents parviennent à se faire payer au détriment des autres. Les créanciers éloignés peuvent ainsi être placés dans une situation très désavantageuse par rapport aux créanciers plus proches. Contre les actes par lesquels un débiteur non commerçant augmente son passif ou diminue son actif, ses créanciers n'ont d'autre ressource que l'action paulienne (art. 1167 C.civ.), dont les conditions sont moins facilement réunies que celles des nullités qui frappent les actes faits pendant la période suspecte (art. 446 à 449 C. com.). En outre, le débiteur non commerçant ne peut obtenir de ses créanciers que des concessions individuelles ; à cet égard, la majorité, quelque importante qu'elle puisse être, ne lie pas la minorité. Aussi a-t-on souvent fait remarquer que la loi sur la faillite n'est pas seulement une loi de rigueur pour les commerçants, mais en même temps une loi de faveur.

Durant les dernières années, un pas important a été fait dans la voie de l'assimilation des commerçants et des non-commerçants au point de vue de la faillite et de la liquidation judiciaire. Jusqu'à la loi du 1er août 1893, les sociétés par actions ayant un objet civil constituaient des sociétés civiles qui, comme telles, échappaient à la faillite et à la liquidation judiciaire et ne pouvaient être soumises qu'au régime si incomplet et si imparfait de la déconfiture. Les sociétés par actions constituées depuis cette loi étant toutes des sociétés de commerce, la faillite et la liquidation judiciaire sont applicables même à celles d'entre elles dont l'objet est civil. C'est même principalement en vue de cette extension de la faillite et de la liquidation judiciaire que toutes les sociétés par actions ont été commercialisées. Des faits multiples, et spécialement ce qui s'était passé à propos de la déconfiture de la société anonyme du canal de Panama, avaient rendu manifestes les inconvénients de la non application de la faillite aux sociétés par actions. Cette société était une société civile à raison de la nature de son objet. Aussi, dès que le mauvais état de ses affaires fut révélé au public, des obligataires la poursuivirent en remboursement de leurs obligations. Si aucune mesure n'avait été prise, un certain nombre d'obligataires ou d'autres créanciers auraient été intégralement payés au préjudice des autres qui n'auraient rien reçu (1).

(1) Une loi spéciale à cette trop célèbre société, du 1er juillet 1893, lui a appliqué le principe de la suspension du droit de poursuite individuelle emprunté au régime de la faillite et de la liquidation judiciaire.

Si, laissant de côté le fond du droit, on considère l'organisation des juridictions, la compétence, la procédure judiciaire, des différences profondes existent entre les procès civils et les procès commerciaux. Ces différences sont, d'après leur nature même, soustraites aux effets des conventions des particuliers; seules les lois pourraient les faire disparaître ou les atténuer.

Les contestations en matière commerciale sont portées devant les tribunaux de commerce composés exclusivement de commerçants élus par leurs pairs. La procédure suivie devant les tribunaux de commerce est plus simple et moins coûteuse que la procédure observée devant les tribunaux civils, et cette procédure commerciale est suivie même devant le tribunal civil, quand, à défaut de tribunal de commerce, il juge commercialement.

La jurisprudence qui refuse, au moins en principe, la compétence aux tribunaux français pour connaître des procès entre étrangers, admet, en matière commerciale, la compétence de nos tribunaux de commerce dès l'instant où l'une des conditions visées par l'article 420 du Code de procédure civile est réalisée sur le territoire français, ce qui se présente très fréquemment.

La procédure expéditive du référé, admise en matière civile pour les questions urgentes qui ne touchent pas au fond, est, selon la doctrine et la jurisprudence les plus générales, exclue en matière de commerce.

Les dernières différences qui viennent d'être signalées n'ont pas trait aux rapports entre le Droit civil proprement dit et le Droit commercial, puisque l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure relèvent du Code de procédure et des lois antérieures ou postérieures qui s'y rattachent (1). Néanmoins, elles ont une telle importance pratique qu'on ne saurait les passer sous silence quand on s'occupe des différences qui séparent le Droit civil et le Droit commercial.

La distinction entre ces deux grandes branches du Droit privé ne se lie, du reste, nullement à l'existence de la juridiction commerciale. On continue à distinguer le Droit commercial et le Droit civil dans les nombreux pays (Espagne, Italie, Roumanie, etc.), où la même juridiction connaît à la fois des procès civils et des procès commerciaux.

De même, il n'y a pas de lien indissoluble et nécessaire entre l'existence d'une juridiction commerciale distincte de la juridiction civile et l'admission d'une procédure commerciale plus simple, plus expéditive et moins coûteuse, que la procédure civile. On conçoit, en effet, que la nature de la

(1) Par un défaut de méthode qu'on retrouve, du reste, dans la plupart des Codes de commerce des pays où la juridiction commerciale existe, le Code de commerce français (livre IV) s'occupe de l'organisation des tribunaux de commerce et de la procédure à suivre devant eux. Mais sur ce dernier sujet des dispositions se trouvent aussi dans le Code de procédure civile (art. 414 à 442).



procédure dépende de celle des contestations, c'est-à-dire du caractère civil ou commercial des opérations auxquelles elles sont relatives, non de la nature de la juridiction saisie. Du reste, le Code de commerce contient une disposition qui confirme exactement cette idée ; il décide (art. 641) que, dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, on suit, devant le tribunal civil jugeant commercialement, la procédure commerciale.

Les différences qui subsistent entre le Droit civil et le Droit commercial n'ont rien d'essentiel. Elles ne s'imposent pas et on peut concevoir assurément qu'elles disparaissent. La preuve en est que, dans beaucoup de pays étrangers, elles ne sont pas connues ou ne l'ont jamais été. Il en est notamment ainsi du principe de la liberté des preuves qu'il pourrait y avoir intérêt à étendre aux matières civiles; des formalités de la constitution et de la réalisation du gage qui pourraient être identiques pour le gage civil et pour le gage commercial ; de la solidarité qui pourrait se présumer dans l'intérêt du créancier, qu'il s'agisse de dettes civiles ou de dettes commerciales. On concevrait aussi que, comme dans tant de pays, la faillite ne fût pas restreinte aux seuls commerçants. Enfin, sans toucher en rien à l'organisation judiciaire, on pourrait simplifier la procédure suivie devant les tribunaux civils et la calquer sur celle qui est suivie devant les tribunaux de commerce. Il n'y a pas à parler ici de la suppression des tribunaux de commerce et de la compétence attribuée aux tribunaux civils même pour les procès commerciaux. C'est là une question grave qui se rattache à la fusion du Droit civil et du Droit commercial, mais qui a un caractère séparé et doit être examinée à part. Comme cela vient d'être dit, dans les pays où la juridiction commerciale a été supprimée, la distinction entre le Droit civil et le Droit commercial subsiste. Du reste, si l'on peut dire que la tendance soit, dans les pays étrangers, à la suppression des tribunaux de commerce ou, tout au moins, à la modification de leur organisation par l'introduction de magistrats à côté des juges commerçants, en France, cette juridiction, vieille de plus de trois siècles, n'est pas sérieusement mise en question. Les commerçants considèrent comme une sorte de privilège intangible le droit d'être jugés par leurs pairs (1) et le principe électif sur lequel repose l'organisation des tribunaux de commerce, si conforme au caractère de notre organisation politique, contribue à en

(1) Il n'est pas douteux que les commerçants tiennent beaucoup à ce privilège, et de vives protestations s'élèveraient en France s'il était sérieusement question de la suppression des tribunaux de commerce. Cependant, par une singularité qui mérite d'être constatée, dans les grandes villes, spécialement à Paris, les commerçants participent en nombre infime à l'élection des juges consulaires, depuis l'admission, pour cette élection, du principe du suffrage universel consacré par la loi du 8 décembre 1883.

protéger l'existence. Il y a, d'ailleurs, une tendance marquée en faveur des juridictions spéciales; on en crée ou on cherche à en créer de nouvelles. Comment supprimerait-on celles qui ont survécu à toutes les réformes de notre organisation judiciaire ?

Que résulte-t-il de tout ce qui vient d'être dit ? Le rapprochement entre le Droit commercial et le Droit civil et la prédominance du premier est déjà un fait accompli sur des points importants. Il s'accentuera sans doute de plus en plus; car les causes qui l'ont déterminé et qui l'expliquent subsisteront et se développeront même. Il est certain que la rapidité des communications s'accroîtra, que les procédés et les usages commerciaux s'étendront encore, que le formalisme tombera de plus en plus en défaveur, que, de plus en plus, un droit fondé sur l'équité apparaîtra comme préférable à un droit rigoureux.

Du reste, les bases de la distinction entre le Droit civil et le Droit commercial sont bien ébranlées et, par suite, souvent on ne comprend pas comment la loi a pu considérer un acte comme civil alors qu'elle reconnaît à un autre le caractère commercial et, par suite, les soumettre à des règles de droit différentes. Il semble que le législateur se soit livré à une véritable casuistique, dont on a parfois peine à démêler le sens, pour délimiter le domaine du Droit commercial par rapport à celui du Droit civil.

Sur ce point, presque aucune idée générale n'a été émise lors de la confection de nos grands Codes. Portalis a seulement indiqué, dans un passage souvent cité de son *Discours préliminaire*, que les immeubles forment le domaine propre du Droit civil et les meubles celui du Droit commercial (1). Mais la justesse de cette idée est aujourd'hui très contestée et certainement les raisons de cette distinction vont en s'affaiblissant. Des lois étrangères l'ont déjà partiellement repoussée (2) et notre loi du 1er août 1893 (art. 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867) s'est elle-même écartée de l'idée de Portalis en reconnaissant le caractère commercial aux sociétés par actions quel que soit leur objet, par conséquent, notamment, aux sociétés par actions dont les opérations portent sur des immeubles (3).

Il serait assurément utile que les résultats déjà acquis pour le rapprochement du Droit civil et du Droit commercial fussent consacrés par la

---

(1) V. LOCRÉ, *Législation de la France*, I, p. 300.

(2) Le Code de commerce *italien* de 1882 (art. 2, 3°) admet au nombre des actes de commerce l'achat d'immeubles pour les revendre. D'après le Code de commerce *allemand* de 1897, une personne peut, en vertu de l'article 2, être considérée comme commerçante quand elle se livre par profession à des opérations sur des immeubles.

(3) Des auteurs vont même jusqu'à soutenir que les opérations de ces sociétés, prises séparément, constituent des actes de commerce malgré leur objet immobilier.



loi. On éviterait ainsi des revirements de jurisprudence toujours possibles. Il serait utile aussi que le législateur examinât dans quelle mesure il y a lieu d'aller plus loin dans le rapprochement entre les deux branches du droit privé et si l'on peut arriver à une véritable fusion. Pour procéder méthodiquement, il importerait moins d'examiner le problème dans ses termes généraux et théoriques que d'étudier chacune des questions qu'il implique. Quoi qu'on fasse, il y aura toujours quelques règles qui seront spéciales aux commerçants; mais il arrivera sans doute un moment où elles ne seront pas en assez grand nombre pour constituer une véritable branche du droit. Il importerait que ces questions ne tardassent pas trop à être examinées; nous risquons sans cela d'avoir un droit civil suranné, qui soit en désaccord avec les idées et les besoins économiques du temps et constitue une entrave aux transactions. Sans doute la convention des parties et la jurisprudence peuvent, dans une large mesure, empêcher que cette situation fâcheuse se produise. Mais le pouvoir de la convention et les droits des tribunaux sont limités ; ils s'arrêtent devant les dispositions légales impératives ou prohibitives. Ainsi, nos tribunaux ne peuvent rien pour l'extension au gage civil des règles sur la constitution et la réalisation du gage commercial, pour l'admission en matière civile du principe du Droit commercial sur la liberté des preuves, pour la suppression en matière civile de la limitation du taux de l'intérêt déjà faite en matière de commerce depuis 1886.

A ce point de vue, une revision du Code civil de 1804 aurait une grande utilité.

Elle permettrait de déterminer, d'après des idées d'ensemble, avec précision et d'une façon complète, sur quels points il y a lieu d'abandonner les anciennes règles du Droit civil, pour donner la préférence aux règles du Droit commercial. Mais il n'est pas besoin pour cela que le Code civil soit revisé dans toutes ses parties. Il suffirait que la revision portât sur la matière des contrats et des obligations. La plupart des questions que la revision de cette partie du Code civil soulèverait sont d'ordre économique ; un petit nombre touchent aux grands problèmes sociaux et politiques, si vivement agités aujourd'hui, et sur lesquels l'entente est difficile à obtenir.

Si l'on est en désaccord sur l'utilité d'une revision complète du Code civil, du moins tout le monde reconnaît-il qu'il y a là une œuvre pleine de difficultés, complexe et de très longue haleine. Le moment est-il venu de l'entreprendre? On peut en douter quand on constate que tous les grands problèmes concernant l'état des personnes, l'organisation de la famille et de la propriété, les successions, le droit de tester, les régimes matrimoniaux, sont aujourd'hui vivement discutés et donnent naissance aux systèmes les plus divers et les plus opposés. Ces problèmes ne pourront être résolus que lorsqu'un mouvement prononcé aura entraîné

les esprits et le pays dans un sens déterminé sur les grandes questions d'organisation sociale.

Mais cela n'est pas exact pour le Droit civil entier. Cela ne l'est point spécialement pour cette grande matière des contrats et des obligations sur laquelle les deux branches du droit privé se rencontrent sans se confondre. Aussi serait-il à la fois prudent et habile de limiter d'abord la revision à cette partie du Code civil, pour le mettre d'accord avec les besoins et les usages de notre époque, qui exigent impérieusement qu'une large part soit faite aux principes du Droit commercial.

Cette manière de procéder aurait le grand avantage de constituer un essai ; il permettrait de constater si notre mécanisme législatif peut servir à la confection d'une loi importante et de grande étendue dans des délais raisonnables. De plus, il n'y aurait là rien de contraire à une bonne méthode. La matière des contrats et des obligations se détache bien des autres matières du Droit civil (1), elle a un caractère presque exclusivement pécuniaire et elle laisse à la volonté des parties une influence prépondérante, alors que, dans toutes les autres matières du Droit civil, cette volonté n'est nullement prise en considération ou ne peut avoir que des effets restreints. En outre, c'est dans la matière des contrats et obligations que se trouvent le plus grand nombre de principes généraux dont il y a à faire l'application dans presque toutes les parties du droit privé. N'est-il pas naturel de commencer à bien fixer ces principes avant d'aborder un travail de revision complet?

---

(1) On sait qu'en Suisse, il y a, depuis 1883, un Code fédéral des obligations, et le Code civil suisse portant sur les autres matières du droit civil n'est encore qu'à l'état de projet. V. Message (du 28 mai 1904) du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet du Code civil suisse.

CH. LYON-CAEN.

E. THALLER

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

De l'Attraction exercée par le Code civil et par ses Méthodes sur le Droit commercial

DE L'ATTRACTION

EXERCÉE PAR LE CODE CIVIL ET PAR SES MÉTHODES

SUR LE DROIT COMMERCIAL

Le droit civil, on l'a vu dans les pages précédentes, a pratiqué depuis cent ans envers un grand nombre d'institutions commerciales une hospitalité poussée jusqu'au sacrifice de lui-même. Il a laissé le droit des négociants prendre un pied dans la maison : le droit des négociants en a bientôt pris quatre, et ce travail d'introduction d'éléments étrangers n'est point achevé : il se continue tous les jours.

Le besoin du crédit a gagné des classes qui se souciaient peu autrefois d'y recourir. Il était naturel que la règle dont les marchands s'étaient pourvus à l'origine forçât la porte du droit commun et aspirât à devenir loi générale. Si une société qui trafique sur des immeubles ou qui exploite des terrains de culture est munie aujourd'hui des mêmes attributs juridiques, de la même autonomie d'action, qu'une société de transports ou de manufacture, si les clauses à ordre ou au porteur, en s'insinuant dans la pratique du notariat et des actes sous seing privé, ont imprimé aux droits dans le milieu civil une circulation semblable à celle des effets de commerce et des valeurs de Bourse, la cause de ce mouvement qui est incontestablement un progrès tient à ce que le Code civil, dans la matière des contrats et des obligations, s'est laissé de plus en plus pénétrer par les lois commerciales.

Abandonné à ses seuls moyens, le droit de l'ensemble des citoyens ne se serait pas ainsi perfectionné. Il a fallu que le droit du commerce, reprenant le rôle que le *jus gentium* a exercé il y a près de deux mille ans, fût son éducateur et agît sur lui par voie d'imitation. Du même coup, le droit civil a éprouvé une tendance plus accusée à s'universaliser. Les hommes des diverses nationalités s'étant placés sous un régime de coutumes commerciales semblables, ces coutumes, en prenant possession du domaine civil, ont contribué à substituer peu à peu « un état d'humanisme » à l'ancienne loi locale ou nationale. Il n'est pas douteux que le Code civil, par suite de l'infusion de ces éléments externes et adventices, ait altéré en partie son économie première et renoncé dans l'œuvre graduelle des réformes à ne prendre conseil que de lui seul.

I

Mais ce tableau, si exact soit-il, demande une contre-partie. Pour avoir pris contact avec la législation du commerce et rendu hommage à sa supériorité au point d'en accueillir souvent la teneur, la législation civile n'a ni abdiqué ni, à plus forte raison, capitulé. Il y a eu de sa part prêté-rendu. On peut même se demander si, dans ce travail de communication réciproque, ce n'est pas le droit du commerce qui a le plus gagné des deux. Le Code civil et les lois qui, par phénomène d'alluvion, se sont jointes à lui, ont réalisé sur les relations commerciales une véritable hégémonie : après un siècle de fonctionnement ce Code tient sous sa direction les catégories adonnées aux affaires, presque avec la même puissance que les autres citoyens.

Deux Codes statuent parallèlement, il est vrai. Ils s'adressent en apparence à deux clientèles respectives de justiciables. Mais ce n'est là qu'une vérité de surface. Rien ne peut effacer aujourd'hui le principe de l'unité du droit privé, principe plus ferme qu'il y a cent ans et qui n'a pu le devenir qu'à la condition par le Code civil d'obliger le Code de commerce à se subordonner à lui. Déjà, en 1804 et en 1807, les documents législatifs, se répercutant dans un certain nombre d'articles des lois nouvelles, disent et répètent que le droit commercial forme un droit d'exception, que dans les parties où il est muet on doit revenir au droit civil, qui est le droit général (1).

Maintenant, dans le début de notre xxe siècle, cette subordination est encore beaucoup plus prononcée, non pas seulement à cause de la tendance de tout grand Etat à abolir les différences de droit qui existaient entre les classes, mais par un motif d'ordre technique. Le droit civil a pris son ascendant sur le commerce, en lui communiquant sa chaîne logique, sa méthode, ses cadres de démonstration : on est arrivé par là à donner plus de sécurité aux relations d'affaires, à mettre davantage les procès à l'abri de l'arbitraire.

(1) « Convaincu que l'étude des lois commerciales serait insuffisante, et, je ne crains pas de le dire, inutile, si elle n'était rattachée au droit civil, que d'un autre côté l'étude des lois civiles est incomplète si l'on n'y joint celle des lois commerciales, je placerai au premier rang de mes devoirs le soin de comparer ces deux législations, j'indiquerai ce qu'elles ont de commun » (*De l'origine et des progrès de la législation commerciale*, leçon d'ouverture du cours de droit commercial nouvellement créé à la Faculté de Paris, le 18 mars 1820. PARDESSUS, dans la 2e édition de son *Cours de droit commercial*, 1821, I, p. 46). — « Les principes de toutes les relations entre citoyens, de tous les contrats, de toutes les transmissions de propriété sont dans le Code civil. Un Code de commerce est une loi spéciale, non pas mise à la place du Code civil à l'égard des négociants, mais renfermant les applications particulières ou les dérogations qui leur sont propres. Ces deux lois sont nécessairement liées » (VINCENS, *Exposé raisonné de la législation commerciale*, 1821, I, préf., p. x).



Bien que se repliant devant le droit commercial ou se laissant déloger par celles de ses institutions qui prétendaient concourir au bien-être de tous, le Code civil a reconquis sur le terrain systématique son prestige et sa supériorité, un peu comme la Grèce, captive des Romains, a su remettre la bride sur ses maîtres et régénérer leurs mœurs. Sur toutes les relations pécuniaires des citoyens, le droit civil exerce une direction dominante, il a construit et il tient en perpétuel remaniement une sorte de mécanisme des idées qui sert à actionner les rapports des commerçants, comme ceux des autres hommes.

D'un droit purement empirique qui poussait immédiatement le magistrat à la solution d'équité, sans que le juge se demandât si ce qui était équitable pour lui le serait aussi aux yeux d'un autre juge, la science du droit civil a fait un édifice de raisonnement qui abrite commerçants et non-commerçants sous un même toit et avec une égale solidité. Entre les deux droits il n'existe pas ou il n'existe plus de différence, lorsqu'on entend parler de la manière dont s'exerce la faculté déductive.

Dans le cercle des obligations, l'unité du droit est accomplie, sous la maîtrise des préceptes de doctrine qu'a fixés le Code de 1804, principes qui ont su se développer depuis lors avec autant de continuité que d'harmonie.

Ce travail s'est opéré à la sourdine, d'une façon latente, et sans que l'attention du profane en ait été frappée. Ceux qui l'ont observé n'ont pas été tous d'accord pour le juger bon. A l'époque la plus récente, il s'est levé un vent de récrimination contre l'emploi de la méthode dogmatique dans l'interprétation du droit.

Un livre, d'ailleurs d'une rare valeur critique et qui a exercé sur la jeunesse une action très forte, trop forte peut-être, a réagi contre l'application des syllogismes à la solution des conflits juridiques (1). Il l'a fait avec ardeur, sans bien laisser voir si c'était le syllogisme en lui-même que l'auteur voulait attaquer, ou seulement ses abus.

Puis est venu le « bon juge », qui a ramené le rôle du magistrat à la dénonciation de la loi et au refus de l'appliquer, lorsqu'elle lui paraîtrait contraire à la justice.

C'est ainsi que divers coups de clairon ont retenti, sonnant la charge contre l'emprisonnement du droit dans la théorie. Plus qu'en tout autre temps, on se méfie aujourd'hui des esprits qui font sortir une solution concernant le sort d'un débiteur ou d'un créancier de la combinaison mentale de deux postulats. C'est, dit-on, transporter aux sciences sociales les procédés des sciences exactes. Or la raison écrite, ou même la raison non écrite, n'est plus de mise de nos jours : un jurisconsulte n'est pas un géomètre, et une législation tirée au cordeau, sans flexibilité, ne peut

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.*

sortir que d'un cerveau d'idéologue. La mode est à l'observation ; avant de résoudre un procès, on tient à savoir ce que commande dans les relations engagées le meilleur équilibre des intérêts.

Cette direction ne doit pas être entièrement dénigrée : elle tient l'interprète en garde contre l'apriorisme ; grâce à elle le droit évitera de se figer, de se pétrifier. Mais si elle devait constituer une déclaration de guerre à la théorie, il en résulterait plus de dangers que d'avantages. Nous retomberions dans ce droit d'équité qui pouvait à la rigueur suffire lorsque les litiges étaient simples, mais dont les hommes souffraient même alors, parce qu'il les livrait à la merci du juge.

En tout cas, l'orientation que recommande l'école nouvelle — en tant que je la comprends — va tout au rebours de celle que l'art du droit civil a suivie depuis un siècle, en y faisant participer le droit commercial lui-même. La pratique, pour corriger une législation vicieuse ou pour compléter une législation insuffisante, en a rarement appelé au Parlement ; à peine a-t-on ravaudé quelques pièces, raccommodé certains morceaux. Cela n'a pas empêché cette pratique de faire état des changements survenus dans la coutume, dans la disposition des intérêts, dans les rapports de fait entre les contractants, et d'approprier à ces transformations des raisonnements qui semblaient surannés, qui se sont montrés au contraire très vivaces. L'enchaînement des décisions, condition indispensable à toute science, s'est ainsi conservé. C'est parce que cet art de raisonnement s'est propagé sur le droit commercial (fait nouveau, sans précédent dans la justice de l'ancien Régime), et qu'il a entendu se régler avec une aussi forte discipline dans le milieu des négociants et des industriels que dans celui des citoyens ordinaires, que l'on doit considérer le Code civil comme ayant pris possession de tout le droit privé. Il ne s'est pas contenté de tirer le droit du commerce en remorque, il se l'est véritablement incorporé.

Cela dit, bien entendu, sans qu'on puisse se dissimuler les points où les juges sont demeurés en deçà du but, n'arrivant pas à adapter entièrement le raisonnement aux besoins nouveaux, laissant subsister bien des incorrections, même dans l'ordre des contrats, et à plus forte raison dans l'organisation de la famille et de la propriété, s'abstenant d'adoucir certains frottements.

Peut-être convient-il d'attendre de la marche naturelle de l'interprétation la mise des choses au véritable point. C'est qu'alors elle y parviendra sans éclat, sans apparence de révolte contre le droit écrit. Nous en avons pour garantie la méthode sûre et prudente que la pratique a suivie depuis 1804.

Dans le conflit des idées qui règnent aujourd'hui quant à la manière dont il faut appliquer le droit, il y a un malentendu. Un droit dogmatique

n'est pas nécessairement limité à des théorèmes et à des corollaires. Inviter le juriste à faire de la doctrine, ce n'est pas lui demander le sacrifice de l'esprit critique, rendre son cerveau esclave d'une vérité première formulée en axiome, monter un appareil qui fonctionnera comme un battant de machine. Présenter ainsi le droit lorsque la théorie l'anime, c'est méconnaître l'action continue de la jurisprudence, de cet auxiliaire si fécond du progrès, dont Ledru-Rollin décrivait le rôle en 1837, avec un rare bonheur d'expression et une grande hauteur de pensée tout à la fois, lorsqu'il entreprenait le *Journal du Palais*. « Issue de la loi, la jurisprudence en conserve d'abord la tradition stoïque. Peu à peu, elle s'empreint d'équité, reflète les mœurs, les idées, les découvertes nouvelles, et d'esclave soumise se fait proclamer reine à son tour. S'emparer des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus, voilà sa mission. La jurisprudence n'est donc pas seulement, comme on le répète chaque jour, le commentaire et le complément de la loi existante ; car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de constituer la loi, tandis qu'elle exerce contre elle une action dissolvante et, en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer... La codification immobiliserait les destinées d'un peuple qui ne saurait les confier à la jurisprudence. A la jurisprudence l'avenir; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées » (1).

Miroir où doivent se réfléchir les nouvelles pratiques, les nouvelles exigences sociales, et d'autre part instrument destiné à coordonner ces pratiques, à les justifier par le raisonnement comme si elles procédaient du Code lui-même, voilà le double caractère de la jurisprudence. Dans les périodes où la civilisation brûle les étapes et précipite sa marche, on peut reprocher au pouvoir judiciaire d'être trop lent, de ne pas proportionner son effort d'adaptation au mouvement qui emporte tout autour de lui.

Mais l'autre reproche, qui lui est venu du côté de la doctrine, de commettre des accrocs à la loi en cessant de l'appliquer dans son esprit originaire, était tout à fait immérité. La jurisprudence peut se permettre de semblables accrocs, et elle doit même le faire, eu égard aux temps et aux transformations survenues, pourvu qu'elle ait le talent d'habiller sa décision d'un raisonnement en forme. La scolastique ne répond pas à un autre besoin ; et le jurisconsulte qui s'insurge, au nom du Code de 1804, contre une interprétation prétendue illégale, du moment que celle-ci est suffisamment étayée en logique, et qu'elle paraît définitivement entrée

(1) *Journal du Palais*, t. I, 1791-an VIII, 3e éd., 1837, préface sous le titre : « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », p. XVII.

dans la pratique du Palais, outre une perte précieuse de temps de sa part, fait preuve d'une âme assez candide (1). Voilà comment les représentants du droit civil ont pu accommoder aux générations qui se succédaient une législation d'apparence stationnaire, et ont fait que ce droit civil ait exercé son empire sur le droit commercial, non pas même à titre de prolongement de domaine, mais comme une dépendance directe. Un coup d'œil rétrospectif rendra ce fait plus apparent.

En 1804, quand paraît le Code civil, la ligne de partage entre le droit commercial et le droit civil est des plus prononcées. La raison de cette séparation réside en partie, si l'on veut, dans un fait qui a subsisté, dans l'attribution à deux juridictions distinctes des procès relevant de l'un et de l'autre de ces droits. Mais il existe à l'opposition alors tranchée des deux législations un autre motif : elles sont appliquées à cette époque dans un esprit tout différent.

Au commerce, on motive les décisions par des considérations de pure équité. Les tribunaux de commerce continuent la tradition des juges consuls de l'ancien Régime, dont ils ont pris la place par les lois des 16-24 août 1790, ils suivent l'Ordonnance de Colbert de 1673. Cette Ordonnance est dépourvue de toute marque théorique, les légistes n'ont point pris part à son élaboration. Des pratiques de droit commercial s'étaient infiltrées dans les villes du Royaume, depuis plusieurs siècles, par l'action des comptoirs appartenant aux marchands italiens. Le moment est venu, sous le Grand Roi, de fixer par écrit quelques-uns de ces usages, de préciser quelques règles de compétence judiciaire. Pour accomplir cette codification encore bien imparfaite, on fait abstraction du droit civil, on ne le prend pas pour support, on ne le connaît point. Ainsi, l'idée que le commerce émancipe le mineur ou fait de la femme une personne indépendante jure avec la législation ordinaire; et même sur la condition de la femme marchande l'Ordonnance se tait, c'est la coutume qui dispose.

---

(1) Il n'est que juste de reconnaître que c'est mon collègue Saleilles qui, mieux que tout autre dans l'école nouvelle, a su relever cette double contribution de la jurisprudence à l'œuvre combinée de progrès et de dialectique dans le droit. Il a maintes fois repris ce thème dans ses publications et dans ses conférences, en dernier lieu dans la *Revue internationale de l'Enseignement*, 1904, p. 328 (*La réforme de la licence en droit*), le pouvoir judiciaire ne pouvant dans sa pensée conserver la confiance des justiciables qu'en faisant un perpétuel travail de construction, dût ce travail être parfois dissimulé derrière la rédaction des arrêts. — On consultera également avec profit le livre de M. Lambert, *Etudes de droit commun législatif et de droit civil comparé*, Introduction : la fonction du droit civil comparé, Paris 1903; le rapport de M. Percerou sur le livre de M. Gény précité, dans les *Annales de droit commercial*, 1900, p. 145 ; le rapport à la Faculté de droit de Lyon de M. Huvelin sur la réforme de la licence en droit, Lyon, Waltener, 1904, p. 14, et le récent ouvrage de M. Alvarez, professeur à Santiago du Chili, *Une nouvelle conception des études juridiques*.

A cette tâche de transformation d'usages en lois écrites a été convié un ancien commerçant, adjudicataire d'une part des domaines par la protection de Fouquet, arbitre conciliateur choisi par les marchands de Paris pour régler à l'amiable leurs différends. C'est ce négociant, bien plus influent par sa valeur pratique que par son rang officiel, qui a conduit la commission et qui l'a fait marcher selon ses vues. On se rendra compte des aptitudes théoriques de Jacques Savary en dépouillant son *Parfait négociant*, qu'il a donné pour un commentaire de l'Ordonnance, et qui ressemble à un commentaire comme un atelier, dans le vacarme des machines et dans le mouvement des ouvriers, serait un traité de mécanique.

L'Ordonnance reste d'ailleurs pauvre de littérature. A part un ou deux traités de Pothier, de petits livres de Boutaric, de Bornier, de Jousse, gloses d'articles extrêmement sèches, les quelques rubriques des répertoires qui s'y réfèrent, de celui de Guyot, par exemple, n'ont pas de prétention plus haute.

Les hommes les mieux disposés en faveur de cette codification en relèvent les parties faibles. Il faut que Dupuis de la Serra complète en 1693 les ouvrages de Savary par son *Art des Lettres de change*, car « la jurisprudence est fort incertaine en la partie, et il semble que ce soit un mystère qui ne puisse être entendu que par ceux qui en font profession ».

En 1763, un avocat au Parlement, Sallé (1), dit qu' « on a confié la rédaction de l'Ordonnance à des gens fort entendus dans les matières de commerce, mais qui n'étaient point jurisconsultes : ils étaient tout au plus en état de fournir de bons matériaux. Aussi n'y trouve-t-on aucune méthode... Il serait à souhaiter qu'elle fût remaniée par des mains plus habiles, et qu'on y mît, non seulement plus d'ordre qu'il n'y en a, mais encore qu'on la rendît plus complète qu'elle n'est du côté des matières ».

A ce besoin de remaniement, si l'on se place en 1804, les pouvoirs publics ont déjà déféré : du moins, on est en quête d'aboutir ; un projet de Code a été composé par une commission nommée sous le Consulat, et de ce projet le Conseil d'Etat est maintenant saisi, sans paraître du reste mettre beaucoup de hâte à en entreprendre l'examen. Ce qui est certain, c'est que les magistrats du commerce pris il y a un siècle rendent des décisions de pur fait, *ex bono et æquo*, en dehors de toute construction juridique, comme le font encore aujourd'hui les conseils de prud'hommes; ils ne mettent pas un seul instant en doute qu'ils jouent entre les plaideurs un rôle comparable à celui d'arbitres, d'amiables compositeurs.

L'Edit de 1563, d'où descend leur institution, ne l'a-t-il pas dans son préambule affranchie des « subtilités » des lois et Ordonnances ? Etre subtil, c'est pousser l'argument jusqu'à l'argutie, c'est ergoter, rechercher

(1) *L'Esprit des Ordonnances de Louis XIV*, Paris, chez Samson, II, p. 337.

les pointes d'aiguilles, c'est tendre un piège à l'adversaire en étendant le sens d'un mot, en prenant à la lettre une formule qui cependant doit en bon sens être atténuée : écueil grave du tournoi judiciaire devant les juridictions qui statuent en droit. Les tribunaux de commerce se croient déliés par là de tout raccordement de leurs solutions à des principes; pour supprimer les subtilités, c'est le raisonnement qu'ils suppriment. Leur Edit de création ne l'avait pas cependant entendu de la sorte.

Que de nombreux abus soient résultés de cette manière de faire, on le devine. Mais il ne semble pas que les contemporains les aient beaucoup regrettés, tant ils éprouvaient de soulagement à avoir des juges à eux. La procédure d'appel, en portant leurs décisions au Parlement sous l'ancien Régime, puis aux tribunaux d'appel et au besoin au tribunal de cassation, depuis 1790, pouvait passer pour un correctif. Mais, bien que le taux de l'appel fût assez faible (500 livres dans l'ancien droit, 1,000 francs dans le droit intermédiaire), il était assez rarement fait usage de cette voie de recours, et l'objet du procès, plus faible encore dans des cas très nombreux, en excluait communément l'emploi.

En face de cette jurisprudence d'équité, se développait celle des tribunaux ordinaires, bailliages ou présidiaux avant 1789, juges de district, juges d'arrondissement plus tard. Le droit civil était serré dans le raisonnement juridique ainsi que dans un étau. L'éducation des esprits par le droit romain donnait à ce raisonnement une grande rigidité. Magistrats et procureurs se courbaient devant la raison écrite de l'œuvre justinienne. La coutume y avait apporté quelque adoucissement en tenant compte des besoins locaux, mais sans entamer la construction des contrats romains dans son gros œuvre. D'ailleurs, le droit romain, pour des hommes travaillés par le désir de l'unité française, avait cet avantage d'être le droit que nulle barrière régionale n'arrêtait, le grand agent d'assimilation. On lui témoignait un respect quasi-superstitieux : l'instruction du procès, au lieu de mettre en valeur les éléments contingents fournis par la cause, courait tout droit à un brocard de jurisconsulte. Le juge laissait à Papinien complété par Cujas le soin de trancher le litige à sa place. Un plus grand formalisme dans les contrats que ce n'est le cas aujourd'hui contribuait encore à faire de l'homme de lois un dialecticien systématique.

Nous répétons que, placés entre ces deux jurisprudences, les commerçants n'hésitaient pas à préconiser la leur. L'année même de l'avènement du Code civil, un professeur de Bordeaux, attaché à l'enseignement commercial dans cette ville, Boucher, exaltait, dans la préface d'un de ses livres (1), le mérite qu'avait la juridiction commerciale à statuer suivant

(1) *Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparés*. Paris, 2 vol. 1804.

l'équité. Il s'est ingénié à fournir des espèces résolues respectivement par les tribunaux des deux groupes, suggestionnant au lecteur la conclusion qu'il en devait tirer dans le sens de la supériorité de la justice que pratiquaient les marchands.

Cependant, tout dans ce fonctionnement de la magistrature consulaire n'était pas recommandable, et les esprits perspicaces avaient conscience de son défaut capital. Une jurisprudence d'équité est trompeuse et illusoire. Elle sera ce que feront d'elle l'intégrité et la rectitude de jugement du magistrat. Elle dispense le tribunal de donner ses raisons au plaideur débouté ou condamné. Elle empêche celui qui négocie un marché de prévoir la façon dont il sera jugé, si un procès doit s'en suivre. C'est la mort du crédit. Suivant l'expression de Toubeau, prévôt des marchands de Bourges, le droit n'est plus la règle de fer qui soutient fermement le litige, mais « la règle de plomb qui s'accommode à la faiblesse et nécessité humaine et populaire, qui se ploie et se tord selon qu'il est besoin » (1).

Ce praticien entend dire autour de lui qu'on peut se dispenser de preuve concluante devant les consuls, et il proteste. Ceux-ci « ne doivent pas être plus miséricordieux que la loi elle-même, une trop grande miséricorde tourne souvent en injustice ».

Le même auteur regrette « que les juges consuls n'aient pas de collèges pour y être enseignés » (2).

Boucher, en 1804, exprime le même sentiment : il demande la création d'écoles de commerce du genre de celle où il professe à Bordeaux, « la pratique ne pouvant dans l'ensemble faire seule ce que la théorie suppose » (3). C'est ce que répètera plus tard Locré, composant dans les loisirs de sa retraite l'*Esprit du Code de commerce* (4) : « Il ne faut pas dans le droit commercial sacrifier les explications théoriques, qui sont indispensables pour faire saisir le système et l'esprit de la loi ».

Que les affaires viennent à s'étendre, qu'elles acquièrent plus de complexité, et ce mirage du droit de bonne foi s'évanouira : coûte que coûte, il faudra que la conviction du juge se prenne dans une armature de raisonnement. Que le droit civil, de son côté, perdant de sa raideur, cesse d'être une législation au texte inflexible et au précepte immuable, pour se façonner selon ce qu'exigeront une protection des intérêts, une autonomie de la volonté, une conception de l'ordre public autrement comprises ; et le droit commercial n'aura rien de mieux à faire que de s'assujettir à ce gouvernement d'un droit civil devenu libéral dans ses méthodes et d'en accepter la discipline.

(1) *Les Institutions du droit consulaire*, 2e éd. 1700, I, p. 109 et suiv.
(2) *Ibid.*, p. 9.
(3) *Op. cit.*, introd., p. 55.
(4) 2e éd. 1829, I, intr., p. 5.

II

Or, tel est le courant qu'on a vu se dessiner postérieurement à 1804. Bien fou qui voudrait aujourd'hui le remonter! Le Code civil a dépouillé le droit privé de la rigueur, mixture de législation romaine et de coutumes, dont l'avait imprégné l'ancien droit. Dans l'ordre des contrats et des délits, seule matière dont il soit ici question, il n'a pas tardé à devenir la charte générale des obligations. Trois ans à peine se sont écoulés depuis la promulgation de ce Code, que le Code de commerce, délibéré et voté à son tour, rejette tout ce qui aurait eu pour objet une réglementation d'ensemble des conventions (1). Il tient le travail pour fait et il y renvoie tacitement ou, pour certains contrats, par disposition expresse. Comme conséquence de cette position subordonnée, l'interprétation du droit privé a chevauché sur les marchés de commerce et sur les conventions ordinaires. Il y a tout lieu de s'en féliciter.

Le lien des deux classes d'opérations n'a fait que se resserrer à mesure que les événements ont marché. Tous ces principes abstraits déposés dans le Code civil au titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, principes qui paraissent à la lecture relever du monde des pures idées et procéder d'un goût de métaphysique, c'est le droit commercial qui se charge aujourd'hui de les vivifier, en en marquant les applications journalières, de manière à faire sauter aux yeux leur valeur pratique. C'est, on peut l'affirmer sans crainte d'erreur ni d'exagération, au jurisconsulte spécialisé dans l'étude des questions commerciales que la connaissance de ce titre du Code civil est le plus indispensable, et que l'occasion de combiner les dispositions qu'il renferme est le plus fréquemment offerte.

Nominalement, mais non en fait, s'est maintenue la démarcation, le classement en partie double. Supprimez demain les tribunaux de commerce, cette survivance qui ne paraît pas disposée, il est vrai, à aller rejoindre ses ancêtres; étendez aux contrats civils les preuves commerciales, et il est probable que la fusion définitive s'opérera. Tout ce qui renforce le droit civil et l'approprie aux temps rapproche l'heure où le droit commercial s'absorbera tout à fait en lui. N'a-t-on pas en Allemagne, après la promulgation du Code civil et la revision du Code de commerce mis désormais en concordance avec ce Code civil, proposé de supprimer

(1) Cette absence voulue d'un titre sur les principes généraux des obligations dans le commerce et même d'un titre sur la vente, en dépit de la rubrique trompeuse sous laquelle figure l'article 109, caractérisait déjà le projet composé sous le Consulat, ce projet préexistant au Code civil et qui a été suivi dans ses remaniements successifs. Sur les défauts que présente le Code de commerce dans ses références à ces principes généraux, cfr. VINCENS, *op. cit.*, I, préface.

dans les Universités l'enseignement propre au droit commercial, comme formant double emploi? La mesure n'eût pas été très heureuse, pour des motifs qu'il serait trop long d'exposer. Mais le seul fait qu'elle ait été discutée montre à quel point rayonne le droit civil, et combien la barrière qui isole de lui le droit commercial est fragile.

Sans doute, malgré l'unité de juridiction et de preuves, que nous ne sommes pas à la veille de consommer en France, il subsisterait encore un droit des faillites à l'usage des seuls commerçants, les partisans de la généralisation ayant chez nous moins de chance de succès encore sur le terrain de cette voie d'exécution que sur celui du tribunal unique. Mais il y a également un droit pour les propriétaires, que la loi arme de garanties et de mesures de contrainte inconnues des autres citoyens; il y a un droit pour les capitalistes, soit que leur capital consiste en argent, soit qu'il consiste en titres. En quoi cela affecte-t-il l'unité de la législation privée?

La richesse des moyens d'interprétation du Code civil et des lois commerciales a été très grande, presque inépuisable. On n'a pas rendu suffisamment hommage à cette méthode pluriforme, féconde, ne s'enfermant pas dans un cercle qui aurait été arrêté par avance.

Tantôt les juges tirent de la loi ses conséquences et arrière-conséquences, rien n'étant survenu dans les mœurs pour en modifier la teneur originaire, mais ses innombrables applications demandant à être précisées. Le talent du juge français est composé surtout de bon sens et de mesure. Il ne fait pas étalage d'érudition, sa démonstration est parfois elliptique, jamais pédante, elle se sent sous l'arrêt plutôt qu'elle ne s'exprime. L'essentiel est que les décisions rendues soient raccordées entre elles par un fil logique, et ce résultat est très généralement obtenu.

Tantôt le juge, marquant plus d'audace, se hasarde sur le terrain du droit prétorien, il fait la loi ou plutôt il tourne la loi sans en convenir. Et cela encore est bien, pourvu qu'il s'inspire d'un intérêt supérieur né depuis le Code, et pourvu encore qu'il construise en faveur de cet intérêt une charpente de raisonnement l'identifiant au raisonnement du Code. Car alors l'interprète est mis en même temps en possession de la thèse et de la clef logique qui doit en ouvrir tous les compartiments. Il est pris barres sur la fantaisie du juge, et celui-ci s'est montré du coup sagement novateur. Le plan qu'esquissait magistralement Ledru-Rollin plus haut est réalisé.

C'était tourner la loi, en droit civil, que d'accorder des dommages-intérêts à la fille séduite et devenue mère; tourner encore la loi, que d'annuler la renonciation de la femme dotale aux garanties de ses reprises; tourner toujours la loi, en autorisant les dons manuels ou en donnant effet à des clauses d'inaliénabilité temporaire qui font revivre les anciennes substitutions.

En droit commercial, la nullité des sociétés entre époux, la jurisprudence des faillites de fait qui régit les liquidations amiables de l'actif d'un commerçant par de nombreuses règles dérogatoires aux principes généraux, et bien d'autres thèses entrées dans le courant du Palais, s'expliquent de la même manière. Tourner la loi : ce qui est boutade mordante dans la comédie d'Augier répond à une attribution du pouvoir judiciaire, inavouée mais certaine et légitime, à celle qui permet aux tribunaux de « fléchir aux temps sans obstination ». Le seul défaut du pouvoir judiciaire est de manquer parfois d'esprit de suite dans cette partie de son œuvre, de la réaliser d'une façon fragmentaire en quelque sorte. Mais n'est-ce pas déjà beaucoup que de s'en acquitter en connaissance de cause, et dans la persuasion que l'intérêt social est mieux servi ainsi que par une application aveugle des textes?

Si le droit civil a planté sa griffe dans les matières commerciales, cela tient d'abord à l'extrême fécondation qu'il a su donner à des germes déposés dans le Code, et ensuite à la grande part qu'il a faite à l'autonomie de la volonté.

Les germes semés dans le Code se sont fécondés. Etait-ce bien l'esprit du Code que de dédaigner la fortune mobilière et de réserver ses mesures de protection aux immeubles? On l'a dit, mais rien n'est moins sûr. Les meubles faiblement prisés, ce sont les meubles d'ameublement ou de toilette. Quand les meubles avaient une valeur de rapport, l'ancien droit les immobilisait. C'est un peu ce que la pratique du Code civil a fait à son tour, devant l'avènement des titres de portefeuille. Comment ne pas être frappé de l'extraordinaire plasticité de ce droit? Il a garanti les actions et les obligations au porteur contre le vol, sans attaquer de front la règle : *Possession vaut titre*, par l'effet d'une loi qui incrimine la bonne foi de l'acheteur lorsqu'il n'a pas consulté ou fait consulter par son agent de change le Bulletin des oppositions. Il a préservé les fortunes des incapables contre des aliénations opérées en dehors de leurs représentants, et il a su rendre cette préservation efficace, grâce à la pratique de la forme nominative, combinée avec la responsabilité, tant des intermédiaires des négociations que des bureaux de transfert. Sur cette responsabilité, la jurisprudence est encore flottante, en quête de solutions de principe. Aidée par les hommes de doctrine, elle les découvrira. La négociation de la valeur de Bourse, action, obligation, s'est modelée sur le contrat de vente, on lui a adapté les règles de la garantie. Cette valeur, prise dans sa nature, s'est elle-même modelée sur la créance d'autrefois, avec un grand talent de rajeunissement. On a voulu importer des constructions exotiques, « la créance enfermée dans le papier », ou encore « la créance sans cause concrète ». La jurisprudence a repoussé obstinément toutes

ces tentatives de schisme des deux droits civil et commercial ; et, les singularités que présente le titre négociable, c'est encore au moyen du raisonnement applicable à toutes les créances qu'elle prétend les faire comprendre.

Le gage — ce contrat devenu indispensable au commerce et pour relever un crédit chancelant et afin de renforcer les moyens d'action d'une entreprise en bon état de marche — le gage commercial a tenu à honneur de se découper sur le patron civil. Jusqu'en 1863, l'institution n'a fait qu'un dans les deux droits. Puis est intervenue une loi pour simplifier la création du nantissement commercial, pour en faciliter surtout la liquidation. Malgré cette modification, le gage continue ici et là à avoir la même conformation, à présenter la même économie. Il n'est pas jusqu'à la détention du gage par un tiers convenu, surtout quand la marchandise est représentée par un warrant ou par un connaissement, qui n'ait voulu se régler sur la théorie de la possession confiée à l'*alienum corpus*, à laquelle les jurisconsultes romains ont donné autrefois une si belle ordonnance !

Poussons nos investigations plus loin. De l'article 1382 la jurisprudence a fait sortir la concurrence déloyale et les actions en contrefaçon. Sur ce texte ont pris leur base les devoirs respectivement imposés à chaque profession, devoirs si nettement classés aujourd'hui qu'il n'est personne entreprenant un état qui ne sache quels sont les oublis et les fautes qui entraîneront des dommages-intérêts à sa charge.

Sur l'article 1382 sont venus s'appuyer encore, alors même qu'ils n'en ont pas fait l'aveu, les arrêts relatifs aux clauses de non-responsabilité, et si une loi prochaine doit, en matière de transports, frapper ces clauses radicalement, on peut se demander si la jurisprudence qui leur donnait un effet restreint n'était pas mieux inspirée.

L'art. 1384 a gravé sur le commerce une empreinte profonde, tant en faisant répondre le patron des fautes de son employé qu'en posant le principe, mal aperçu encore en 1804, mais actuellement entré dans la législation ouvrière et presque hors de débat, de la responsabilité du fait du matériel, du fait des choses. C'est d'étape en étape qu'on en est venu à transporter au personnel de bureau et au personnel d'usine les règles primitivement écrites pour le personnel de maison : l'extension faite en 1838 aux appointements et aux salaires du privilège des gens de service, n'en est-elle pas la preuve ?

Les art. 1965 et 1967, sur l'exception de jeu et sur la défense de répéter les sommes volontairement payées, ont fait pendant de longues années la loi des marchés à terme.

L'art. 1121 a ouvert à l'assurance sur la vie un champ d'action inattendu : un mode d'affectation gratuite de biens qui n'est ni la donation ni

le testament a pénétré dans la vie courante, sous le couvert des arrêts.

On pourrait multiplier les exemples : nous en passons, et des plus significatifs.

J'ai dit qu'en outre le droit civil, comme le droit commercial, s'était attaché à assurer la prédominance des volontés dans les conventions. Il semble que le but final de la loi soit de consacrer ce que chaque citoyen aura voulu faire dans le déploiement de sa vigueur, en trouvant un autre citoyen avec qui lier partie. Individualisme débordant, contre lequel on commence à réagir, qu'endiguera surtout la loi de demain, car il est vraiment excessif. A la réalisation de ces libres volontés le Code civil apporte bien encore certaines gênes : il n'est pas permis de prouver par témoins au-dessus de 150 francs ou contre le contenu aux actes; tels faits juridiques, la solidarité, la novation, doivent être exprimés. Mais, outre que déjà sur le terrain civil la jurisprudence a pris ses aises avec elles, ces restrictions tombent en matière de commerce, ce qui donne libre cours à la volonté individuelle, affranchie de formalisme, expresse ou tacite.

Tacite, elle l'est devenue plus rarement qu'autrefois. Les marchés, en se compliquant, n'ont pu rester sous l'empire de l'usage. Les affaires se sont concentrées aux mains de grandes entreprises qui ont arrêté des formules de convention-type. Les polices d'assurance, les tarifs de transport, les règlements de Bourse, dans un style imprécis mais assez exubérant pour écarter les sous-entendus, ont pris la place des anciens procédés coutumiers, et dans ces textes écrits la logique du droit a trouvé un terrain d'exercice plus ferme.

Il n'est pas jusqu'aux ventes commerciales qui, tant par la codification de certains de leurs usages en 1866, que par un énoncé plus net de leurs clauses, ne soient parvenues à se grouper en catégories méthodiques, subissant d'une manière différente les règles sur le transport de propriété ou de possession, sur les risques, sur la mise en demeure, sur la condition résolutoire.

Ces conventions uniformisées ont bien engendré des abus, et la jurisprudence (c'est une ombre portée sur son rôle bienfaisant) n'a pas cherché à les corriger tous.

Le respect du contrat l'a hypnotisée pour ainsi dire. Le souscripteur du titre a-t-il bien eu conscience des stipulations qu'il signait, le monopole de fait de sa contre-partie ne rend-il pas ces stipulations oppressives? Peu importe, le contrat est obligatoire : c'est froisser l'amour-propre de l'homme que de douter de son indépendance. Les clauses imprimées des polices et des marchés sont devenues ici des pièges tendus à la bonne foi, là des moyens de coaction sur une clientèle trop faible pour résister. Le

droit de l'avenir saura dégager un *criterium* de moralité et d'équilibre, au lieu de faire à toutes ces conventions un semblable bon accueil. Les excès causés par l'ancien droit formaliste renaissent aujourd'hui, non par le fait de la loi des pouvoirs publics, mais par cette autre loi, plus sournoise, que l'un des contractants impose à l'autre.

Source de rapprochement du droit commercial et du droit civil, la multiplication des écrits s'est manifestée encore dans l'ordre des sociétés. De moins en moins souvent, le commerce s'exploite au compte d'un homme seul. Les rapports entre associés engendrent des difficultés. La société a sa charte de fondation, c'est à elle qu'on se référera. N'est-ce pas ici encore le droit civil qui timbre les rapports des intéressés de son empreinte? La formation corporative du capital social au regard des tiers ne doit pas être d'origine civile, à moins qu'on n'essaie de la faire découler de la copropriété familiale (1). Mais quant au reste, le droit des sociétés est romain; le mandat l'enlace de toutes parts, mandat de fondation ou tout au moins gestion d'affaires, mandat d'exploitation, et avec le mandat obligation de rendre compte. Evidemment, la mesure des condamnations à prononcer ou des transactions à obtenir n'arrive point à se libérer de la part d'arbitraire tenant à ce que le dommage est difficile à évaluer. L'avenir nous dotera peut-être d'un régime graduant cette responsabilité sur un baromètre de plus grande précision. En l'état, c'est bien le droit civil qui plane sur ces questions.

En revanche, le droit des effets de commerce, malgré son grand âge, s'est montré beaucoup plus rebelle à se placer sous le couvert du Code civil. L'interprétation de la lettre de change est stationnaire. La rencontre sur une même traite de signatures sincères et de signatures fausses, l'étendue de la règle qualifiée « inopposabilité des exceptions », posent des questions troublantes, et le juge ne sait trop par quel côté les prendre. On n'aurait exercé sur ces sujets une véritable maîtrise qu'en les broyant sous les raisonnements civils. D'une terminologie presque barbare, déconcertante à coup sûr, il eût fallu faire émerger les principes vivifiants de la dialectique, et l'on s'en est abstenu jusqu'à présent.

Dans l'ordre des faillites, matière législative cependant plus neuve, non sans doute par son origine, mais par sa facture, cette adaptation, cet encadrement dans le droit civil n'a souffert aucune difficulté; la concordance des solutions en est heureusement résultée, et cela peut-être bien parce qu'il s'agissait d'une institution de provenance romaine, civile par conséquent.

(1) Sur le raccordement historique possible de la communauté conjugale avec ce que les Allemands appellent la « main commune », c'est-à-dire, au moins à ce qu'il semble, avec l'autonomie extérieure d'un fonds appartenant à plusieurs, voir une thèse de M. Louis Masse soutenue en 1902 devant la Faculté de Paris, et rapportée par Meynial dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 811 et suiv.

III

Il faut s'arrêter là dans notre aperçu à vol d'oiseau. Si l'on devait résumer les faits principaux qui ont déterminé cette sorte d'action aspirante du droit civil sur le droit commercial depuis le Code civil, il conviendrait de les ramener surtout à quatre : — c'est la marche graduelle de la civilisation, — c'est une pénétration plus intime des juridictions des deux ordres, — c'est l'éducation nouvelle du monde commercial, — c'est enfin une influence due à l'enseignement, qui ont aplani les différences et réalisé l'harmonie.

La marche économique de la civilisation, la marche naturelle des affaires, si l'on préfère.... Une société va du simple au composé : le droit d'usage ne convient qu'à des groupements sinon tout à fait élémentaires, du moins parvenus à un faible état d'avancement. Dans les marchés se croisent des éléments hétérogènes. Il faut se munir de points de repère de nature théorique, afin de les comprendre et de les analyser. Autrement, on se perd non dans le maquis de la procédure, mais dans le gâchis des faits. Pour débrouiller le sens et la portée des conventions, il faut une discipline dogmatique. Dès l'instant que la loi civile procure cette discipline, pourquoi la loi commerciale en rechercherait-elle une autre, et alors que devient la prétendue barrière des deux droits?

Le grand Etat moderne a soif d'unité, d'assimilation. On se fait mal à la pensée que dans deux départements voisins d'activité, les rapports humains obéissent à un *processus* différent. Le droit commercial se rationalise, comme se rationalisera d'ici à moins de cent ans le droit des prud'hommes, alimenté aujourd'hui par des décisions de pur fait, du genre de celles des anciens juges consuls et dont tout esprit scientifique est absent, ce qui fait que personne, ou presque personne, ne s'y intéresse, excepté pour celles qui causent scandale. En se rationalisant, le droit commercial rentre dans le giron du droit civil, ainsi que nous voyons, d'autre part, s'y réintégrer la jurisprudence administrative, depuis que la systématisation des « actes de gestion » a montré l'Etat dans certains ressorts agissant à l'instar des individus.

Une collaboration plus forte des juridictions des deux ordres.... Les jugements des tribunaux de commerce s'épurent, rejettent leurs scories, en passant par le feu de l'appel. Notre organisation judiciaire combine l'action des praticiens avec celle des juges de carrière. Les gros procès ayant augmenté avec les grandes maisons, le taux du premier et dernier ressort est plus souvent dépassé. La procédure d'appel apporte aux magistrats du second degré une moisson de faits recueillis dans les motifs, une documentation des plus nourries. Sur ces faits la Cour établit un corps d'argumentation, sans se détacher pour autant du raisonnement propre aux matières civiles. L'affaire a pu être bien jugée, à n'envisager que le résul-

tat, mais les considérants sont mal déduits. La Cour confirme alors par substitution de motifs, et c'est là l'œuvre doctrinale. Plus d'une théorie s'est ainsi construite, celle du compte courant, par exemple, grâce à cette alliance féconde des deux ordres de tribunaux dans la recherche des intentions d'une part, dans leur encadrement logique de l'autre. « Chaque procès, éclairé à son début par des praticiens consommés, jugé en premier ressort par des magistrats consulaires qui vivent au milieu de la pratique des affaires, qui les font eux-mêmes journellement, vient se soumettre à une discussion plus scientifique devant les Cours d'appel; et lorsqu'il arrive devant le contrôle régulateur de la Cour suprême, il a été tellement scruté de tous côtés, que la décision dernière emprunte une très grande valeur à la fusion de tous ces éléments divers » (1).

Les deux autres facteurs d'assimilation que j'ai cités plus haut ne doivent pas être non plus négligés. Ils consistent dans une formation du cerveau du commerçant bien différente de ce qu'elle était il y a cent ans, et aussi, du moins pour une certaine mesure, dans une heureuse action communiquée par l'enseignement et par les lois étrangères.

Les négociants, ceux qui donnent le ton et qui participent à la vie consulaire, recherchent les questions théoriques, les problèmes de généralisation, avec un goût qu'on ne leur connaissait pas autrefois. Ils comprennent que de l'éclaircissement de ces points dépend le succès, l'existence même de leur profession. Ils étudient l'économie politique, les impôts, le protectionnisme, les trusts. Leurs idées se classent, et le droit à son tour leur apparaît non comme un fatras de solutions empiriques, mais comme un tout systématisé. Un président du tribunal de commerce de la Seine avait bien raison de dire, il y a quelques années, dans une séance d'installation des nouveaux juges, « que les modifications profondes dans l'ordre économique et dans les transactions commerciales rendaient singulièrement difficile et complexe l'œuvre du magistrat consulaire, en exigeant de lui un ensemble de connaissances juridiques qui n'avaient certainement pas été envisagées à l'origine de l'institution » (2).

---

(1) Boistel, *Précis de droit commercial*, 1884, préface, p. 4.

(2) Discours prononcé par M. Vaury, le 23 janvier 1901, Paris, chez Armand Fleury, 1901, p. 53. — Il est certain que les aptitudes juridiques, ainsi qu'il est dit dans ce discours, n'ont pas été exigées du magistrat consulaire à l'origine. Cependant, la nécessité pour lui de se façonner à la compréhension du droit a été pressentie dans le monde des commerçants français à une époque déjà ancienne. Voici ce qu'on peut lire dans un des premiers discours annuels prononcés par les présidents du tribunal de la Seine, dans celui de la séance du 16 janvier 1813 (l'usage de ces allocutions ne paraît pas remonter plus haut que l'année 1811). C'est Martin, fils d'André, qui parle : « Longtemps on a considéré les juges des tribunaux de commerce comme des espèces de jurés qui avaient satisfait à leurs devoirs dès qu'ils prononçaient suivant leur conscience. Aujourd'hui ce

Il y a eu en outre une action d'enseignement, partielle et limitée sans doute, mais incontestable.

Par la fréquentation des Ecoles de commerce, les fils de négociants, et parmi eux ceux qui ont déjà été appelés à siéger au tribunal, ont pris un certain tour de théorie. Sans la menace d'une nouvelle loi militaire qui réduira la clientèle de ces Ecoles, c'est à la formation de la future magistrature consulaire que l'enseignement technique aurait surtout contribué.

Dès à présent, le tribunal a un personnel stable d'auxiliaires éprouvés : les agréés, le greffier, le secrétaire de la présidence, licenciés ou docteurs

---

guide toujours précieux à consulter serait insuffisant. Le domaine des tribunaux de commerce, agrandi par les attributions des affaires maritimes et des faillites, exige la connaissance des lois renfermées *dans les trois Codes civils* qui se rapportent les uns aux autres. Ce sont là des flambeaux qui éclairent la route que nous devons suivre pour éviter de nous égarer. Il ne faut pas les perdre de vue. S'il est des circonstances où la loi nous paraît rigoureuse, et où, par une indulgence naturelle aux belles âmes, nous sommes disposés à l'adoucir, souvenons-nous que la loi est le contrat qui lie tous les hommes, qu'elle doit toujours régler leur conduite, que mieux que nous, le législateur a pu en calculer les effets, qu'il a dû adopter les dispositions le plus généralement utiles, qu'il ne nous appartient pas de nous mettre à sa place en modifiant son ouvrage ou en nous permettant des exceptions que l'intention la plus pure ne saurait excuser, que nous pouvons nous tromper et qu'enfin nous sommes chargés de faire exécuter la loi sans en calculer les effets. »

Cela est bien dit, et sauf un aveu de soumission à la loi poussé jusqu'à la servilité, qui dénature par conséquent le rôle du juge, cela est bien pensé. — Les registres des délibérations du tribunal de commerce de la Seine sont tenus depuis 1792. J'ai pu les dépouiller, grâce à la complaisance de M. le président Sohier et de M. le greffier Glandaz. Ces registres ne contiennent pas d'ailleurs de documents bien caractéristiques pour la période de transition entre l'ancienne organisation des juges-consuls et les tribunaux de commerce actuels, entre l'Ordonnance de 1673 et le Code de 1807. Les délibérations prises pendant la phase de la Révolution et du Consulat, et pendant les premières années de l'Empire, se limitent à des questions d'ordre plutôt secondaire, par exemple à l'éclaircissement du point de savoir si les septuagénaires sont affranchis ou non, au commerce, de la contrainte par corps, s'il convient de conserver la pratique des *réassignés* (citation nouvelle à donner au défendeur qui ne comparaîtrait pas la première fois). Chose curieuse, le projet du Code de commerce est soumis au tribunal pour être par lui examiné (1er nivôse an X), et on cherche vainement dans le livre des procès-verbaux une allusion aux observations suscitées aux magistrats de Paris par ce document. La délibération du 30 janvier 1807 donne une statistique comparée du nombre des causes soumises au tribunal, soit du temps des juges-consuls, soit pendant la Révolution, soit dans la période nouvelle. Il arrive parfois au tribunal d'exprimer d'assez vifs regrets dans des circonstances piquantes : il s'étonne qu'on songe à créer des Chambres de commerce sans en instituer une à Paris (15 pluviôse an XI); il s'étonne qu'on ait oublié de le convoquer avec les autres compagnies judiciaires pour aller présenter ses félicitations au premier Consul à son jour anniversaire (16 messidor an XI); il proteste contre le port de l'habit noir qu'on paraît devoir à un certain moment lui imposer, les juges-consuls se rendant autrefois en robes du Palais à la grande Chambre du Parlement à l'effet d'y prêter serment, et « le tribunal de commerce étant l'égal en degré de juridiction du tribunal de première instance, ne pouvant donc, d'après l'arrêté pris en Conseil d'Etat le 14 thermidor an XII, lui être subordonné sous aucun rapport. » (5 octobre 1809).

de nos Facultés, qui, dans la rédaction des conclusions et dans la revision du projet de jugement, font à l'élément dogmatique sa part nécessaire.

Dans nos grands centres, à Paris surtout, ces collaborateurs écoutés se souviennent encore de la forte musculature du cours de Rataud et du rattachement que, sans avoir l'air d'y toucher, ce professeur savait établir entre les règles du commerce et le droit commun des obligations. Ils n'ont pas oublié davantage cette pléiade de civilistes éminents de la même époque : Beudant, avec son robuste jugement sachant toujours découvrir la solution bien équilibrée, également distante des extrêmes ; Bufnoir, admirable dans l'art de détacher les nuances, mettant en valeur avec un extrême scrupule toutes les particularités circonstancielles de l'espèce; Labbé, meilleur éducateur encore par ses dissertations d'arrêts que par son cours.

Les confrères plus jeunes de ces hommes qui, jadis élèves de l'Ecole, concourent, sans être juges eux-mêmes, à la marche de la justice consulaire, ont pu faire leur profit d'un apport de connaissances réalisé par la science des législations comparées. Ils ont appris que l'Allemagne avait jeté sa codification commerciale dans le moule du droit civil en un temps où son unité politique n'était point accomplie et où ce droit civil général n'existait pas; ils ont constaté que, maintenant que cette lacune a été comblée, le droit commercial chez nos voisins a pris une position dépendante, comparable à celle d'un satellite. En vain dit-on que ces renseignements de nature austère laissent indifférents les hommes qui doivent s'adonner à la vie pratique : ils marquent cependant une empreinte et contribuent à inculquer aux esprits le sens de la méthode.

E. THALLER.

DEUXIÈME PARTIE

LE CODE CIVIL
ÉTUDES SPÉCIALES

André WEISS

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris
Membre de l'Institut de Droit international

Le Code civil et le Conflit des Lois

LE CODE CIVIL ET LE CONFLIT DES LOIS

Envisagée dans son essence, dans son principe et dans sa fonction sociale, la loi n'est pas seulement et toujours *personnelle*, c'est-à-dire limitée à certains hommes, qu'elle régit en tous lieux, à raison des qualités d'origine ou de domicile qu'ils portent avec eux; elle n'est pas davantage seulement et toujours *territoriale*, c'est-à-dire limitée au territoire de l'Etat qui l'a édictée, aux êtres et aux choses qui s'y trouvent.

La personnalité exclusive des lois barbares, la territorialité exclusive des coutumes féodales, ont fait leur temps, et, en dépit de tentatives honorables, le xx[e] siècle ne les verra pas revivre.

Entre ces deux conceptions rivales, dont chacune a eu son heure dans l'histoire, la vérité s'est depuis longtemps fait jour; et la vérité, c'est que la même loi est, par certains côtés et sous certains aspects, à la fois personnelle et territoriale. La loi est personnelle, car elle a pour raison d'être de veiller aux intérêts de ceux pour qui elle a été faite — ce sont ordinairement les nationaux de l'Etat qui l'a promulguée — et d'y veiller partout; mais elle est aussi territoriale, car il lui appartient de sauvegarder et de défendre l'ordre social, sur lequel repose le droit de l'individu. L'individu, le citoyen, ne sera vraiment protégé que si la société dont il fait partie est elle-même à l'abri de toute entreprise et de toute atteinte.

Ainsi que la souveraineté, dont elle est la parole et l'organe, toute loi a donc deux domaines distincts : d'une part, elle agit sur ses ressortissants directs, nationaux ou domiciliés; elle les suit, elle les accompagne, en quelque lieu que les portent leurs affaires ou leurs plaisirs; elle s'attache à eux aussi longtemps qu'ils n'ont pas dénoncé le contrat et rompu le lien qui les soumet à son empire. Mais, d'autre part, elle puise dans l'intérêt politique, économique ou moral, de la société locale, dans le souci de sa conservation, le droit d'adresser des injonctions et des défenses aux étrangers de toute nationalité qui, en venant habiter, ou même en traversant le sol où elle est en vigueur, se sont placés dans la sphère géographique de son obéissance.

Il résulte de là que la même personne peut être, à l'occasion d'un rapport de droit privé, à l'occasion d'un mariage, d'une succession, d'un testament, d'un contrat, en butte aux revendications de deux, ou même de plusieurs lois différentes, qui, soit *jure originis* ou *domicilii*, soit *jure soli*,

prétendent avoir sur elle un droit égal. De ces lois en conflit, de la loi personnelle et de la loi territoriale, dont les prescriptions se contredisent et se combattent, laquelle aura le dernier mot? laquelle devra abaisser son pavillon devant l'autre? Il est important de le savoir, car le même droit ne saurait, sans dommage, relever en même temps, suivant les hasards d'un déplacement ou d'un procès, de plusieurs législations opposées : toute sécurité disparaîtrait des relations juridiques ; ce serait encourager la fraude ; ce serait tuer le crédit.

Le *conflit des lois* veut donc être résolu ; il faut qu'il le soit, dans un sens ou dans l'autre, soit en faveur de la loi personnelle, soit en faveur de la loi territoriale.

Mais cette solution, si nécessaire, si désirable, rencontre, semble-t-il, un obstacle insurmontable dans le principe de l'indépendance respective des nations. Si chaque Etat, s'enfermant dans son droit strict et dans sa prérogative jalouse, entend maintenir à ses lois, à toutes ses lois, le double caractère que nous venons de leur reconnaître ; si, non content d'imposer aux étrangers qui pénètrent sur son territoire, une soumission sans réserve à leurs commandements, il réclame encore sur ses nationaux expatriés une autorité absolue, la situation est sans issue.

D'issue, il n'en est qu'une possible : c'est une transaction. Il faut chercher, il faut découvrir un terrain d'entente entre deux législations également souveraines ; il s'agit de formuler un principe juridique, qui soit de nature à gagner l'adhésion de tous les Etats, et à faire régner l'ordre et l'unité de vues dans la société internationale.

Toute transaction suppose des sacrifices et des concessions réciproques. Chacune des législations en conflit doit se résigner à l'abandon plus ou moins complet de l'un des éléments de sa souveraineté, pour qu'en retour le surplus lui soit partout garanti ; elle doit abdiquer une partie de ses droits sur les étrangers qui se trouvent sur son territoire ; moyennant quoi, elle obtiendra que les autres Etats ne mettent aucune entrave à l'application des règles qu'elle a elle-même posées, à ses propres ressortissants, bien loin de ce territoire.

Mais quelle est la nature, quelle est l'étendue des sacrifices ainsi demandés aux diverses législations ? Quelles sont les dispositions de la loi territoriale dont l'étranger pourra récuser l'autorité, au profit de sa loi personnelle ?

C'est là, réduit à sa plus simple expression, tout le problème du droit international privé. Nombreux sont, depuis le moyen âge, les systèmes qui ont été proposés en vue de le résoudre ; et les controverses qu'il a suscitées autrefois n'ont rien perdu de leur importance et de leur actualité.

Une première théorie, qui a longtemps régné sans partage dans notre pays, et qui conserve encore parmi nous quelques partisans, fait de la *territorialité des lois* la règle ; mais elle en tempère la rigueur, en admet-

tant, à côté des lois territoriales, l'application de certaines lois dites personnelles, qui se déterminent par le domicile ou par la nationalité de celui qui s'en réclame. Ces lois sont celles qui concernent l'état et la capacité; si, à la différence des lois relatives aux biens, des *statuts réels*, elles suivent la personne en tous lieux, c'est parce que la *comitas gentium*, c'est-à-dire les convenances internationales, l'exige. La théorie des statuts, telle que l'ont enseignée, avec des fortunes et sous des modalités diverses, Dumoulin et d'Argentré, au XVIe siècle, Bourgoigne, Rodenburgh et les deux Voet, au XVIIe, Boullenois, Bouhier et Froland, au XVIIIe, telle enfin qu'elle est parvenue jusqu'à nous, repose, non sur un fondement juridique, mais sur une base essentiellement utilitaire, sur la réciprocité des égards que les nations se doivent entre elles. Les auteurs qui la professent ne s'accordent que sur un point, sur la nécessité qu'il y a de distinguer deux classes de lois ou de statuts, les uns se confinant dans les limites de l'Etat qui les a mis en vigueur, mais régissant tout ce qui se trouve et tout ce qui se fait dans ces limites, les autres bénéficiant de l'exterritorialité. Mais, dès qu'il faut assigner à cette distinction sa portée vraie et ses applications pratiques, la discorde éclate entre les statutaires. Quels sont les *statuts personnels*? Quels sont les *statuts réels*? N'y a-t-il pas des statuts à la fois personnels et réels, des *statuts mixtes*? A quelle catégorie de statuts convient-il de rattacher les dispositions législatives qui traitent en même temps des personnes et des biens? celles qui sont relatives à la forme extérieure des actes juridiques ou à leur interprétation? Les défenseurs de la doctrine statutaire sont fort embarrassés pour le dire; ils font assaut de finesse et de subtilité, mais sans arriver à s'entendre ni sur le nombre des statuts, ni sur leurs domaines respectifs, ni sur leur définition. *In iis definiendis*, disait le jurisconsulte allemand Hert, *mirum est quam sudant doctores*. Ni certitude scientifique, ni stabilité, partout l'incohérence et l'arbitraire, voilà donc la solution que nous présente la théorie des statuts pour le conflit des lois.

D'autres théories ont pris naissance en Allemagne, au cours du siècle dernier.

D'après Waechter (1), le juge, saisi d'une contestation, doit, pour déterminer la loi applicable, se conformer, avant tout, à la volonté du législateur dont il est l'interprète. Si ce législateur a tracé la règle à suivre, s'il a formellement indiqué la loi qui doit être prise en considération, sa volonté doit être obéie. S'il n'a rien dit, il y a lieu de rechercher dans quel esprit ses prescriptions sont conçues, s'il a vraisemblablement entendu donner la préférence, sur le point en litige, à la *lex fori* ou à une loi étrangère, de voir s'il a eu quelque motif d'écarter l'application de l'une ou de l'autre. Et ce n'est qu'autant que le texte et l'esprit de la loi laissent

(1) WAECHTER, *Archiv für civil. Praxis*, 1841, p. 237 et suiv.; 1842, p. 1 et s.



la question indécise, que la *lex fori* s'impose à l'observation du juge.

Guillaume Schaeffner (1), lui aussi, reconnaît que les tribunaux ont le devoir d'appliquer les règles posées par la loi au nom de laquelle ils rendent la justice, pour la solution du conflit des lois; mais, si ces règles font défaut, l'auteur allemand pose en principe que le rapport de droit litigieux doit être apprécié, non plus comme dans le système précédent, d'après la loi du pays où le procès s'est engagé, d'après la *lex fori*, mais d'après celle du lieu où ce rapport a lui-même pris naissance.

Enfin, l'illustre Savigny (2), dont la doctrine a inspiré directement ou indirectement plusieurs publicistes contemporains de grand renom, estime que le lieu où le litige a été porté en justice, aussi bien que celui où la relation juridique est née, ne doivent pas exercer plus d'influence sur la détermination de la loi à appliquer par le juge, que le caractère personnel ou réel des textes entre lesquels le conflit s'élève. Dans son opinion, le juge, placé en présence d'un semblable conflit, a pour devoir d'analyser avec exactitude la nature du fait juridique qui lui a donné naissance; cette nature une fois dégagée, il doit rechercher quelle est la loi qui convient le mieux à la matière, et en faire application, alors même que cette loi serait l'œuvre d'un législateur étranger.

Les diverses théories, que nous venons de rappeler d'un mot, ont eu le très grand mérite de substituer au critérium empirique de la doctrine statutaire, à l'utilité, à la courtoisie, un critérium fondé sur l'idée d'une communauté de droit entre les nations : ce n'est plus par la *comitas gentium*, c'est par la conception d'un droit, commun et supérieur à tous les Etats, qu'elles justifient l'application d'une loi en dehors des frontières du pays dans lequel et pour lequel elle a été édictée; elles ont donc un point de départ rigoureusement scientifique.

Néanmoins, les conséquences auxquelles aboutissent les auteurs allemands sont loin d'échapper à la critique. Le système de Waechter, qui oblige, dans des cas très nombreux, le juge à statuer d'après les lois de son propre pays, en faisant bon marché de celles des plaideurs, revient indirectement à la territorialité la plus jalouse. D'autre part, il est souvent malaisé de déterminer avec précision le lieu où le rapport juridique qu'il s'agit d'apprécier a pris naissance. Le système de Schaeffner ne supprime donc pas les incertitudes qu'il reproche si justement à l'école statutaire. Enfin, la nature intrinsèque du rapport que Savigny donne pour base à sa théorie, n'est pas non plus toujours facile à préciser; la difficulté qu'il croit résoudre se représente donc sous une autre forme; elle n'est que déplacée.

La solution, que la théorie des statuts et les théories allemandes n'ont

(1) Schaeffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, 1841.

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII (trad. fr., par M. Ch. Guenoux).

pu dégager, d'une manière sûre et complète, nous croyons aujourd'hui l'avoir trouvée dans la doctrine de la *personnalité du droit*. Cette doctrine, dont l'honneur revient au célèbre jurisconsulte et homme d'Etat italien Mancini, et dont l'influence se retrouve dans les lois et dans les traités les plus récents, peut être ainsi résumée : La loi, lorsqu'elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l'utilité de la personne; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit en principe les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l'*ordre public international*, de la règle *locus regit actum*, de l'*autonomie de la volonté*.

Le principe, c'est donc que toute loi, étant faite pour les nationaux de l'Etat qui l'a promulguée, demeure attachée à leurs personnes, et les suit dans tous leurs déplacements et changements de résidence, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit de leur état et de leur capacité, ou de leurs droits patrimoniaux. Mais ce principe n'est pas absolu. D'une part, l'intérêt du national expatrié lui-même conduit parfois le législateur dont il relève à lui permettre de se soumettre à une loi étrangère, soit pour la forme, soit pour le fond des actes juridiques qu'il vient à passer loin de son pays : c'est la règle *locus regit actum* ; c'est l'*autonomie de la volonté*. D'autre part, si un Etat doit, d'une manière générale, autoriser sur son territoire l'application de leurs lois personnelles aux étrangers qui reçoivent son hospitalité, il a évidemment le droit de se conserver et de se défendre et par conséquent de repousser les lois qui contredisent les bases essentielles sur lesquelles son organisation est assise; deux intérêts étant en lutte : l'intérêt de la société locale, c'est-à-dire l'intérêt de tous, et l'intérêt d'un individu étranger, l'intérêt d'un seul, c'est ce dernier qui doit céder. L'application de la loi personnelle a donc pour limite nécessaire l'intérêt de l'Etat sur le sol duquel elle est invoquée; elle ne peut enfreindre l'*ordre public international*.

Nous avons ainsi mis en présence, par une esquisse rapide, les principales solutions doctrinales qui ont été proposées, en vue de prévenir ou de régler le conflit des lois. Mais, si rationnelles qu'elles puissent être, et si grande que soit l'autorité des jurisconsultes qui les ont conçues, ces solutions n'ont de valeur pratique, elles ne s'imposent à l'observation des tribunaux que dans la mesure où elles ont été consacrées par la loi qui donne à ces tribunaux le pouvoir de juger : la loi seule peut les rendre obligatoires.

Or, à cet égard, les Codes de l'Ancien et du Nouveau Monde trahissent des divergences profondes.

Tandis qu'à l'exemple de la jurisprudence anglo-américaine, le Code civil argentin de 1871 et la loi colombienne de 1888 se prononcent en faveur de la territorialité la plus absolue, et placent l'étranger résidant sous l'empire exclusif de la législation locale, tant pour sa personne et

pour les biens qu'il possède sur le territoire, que pour les actes qu'il y accomplit, la doctrine de la personnalité du droit, telle que nous l'avons formulée plus haut, a trouvé faveur dans le Code civil italien de 1865, dans le Code espagnol de 1889, dans le décret pour le Congo du 20 février 1891, dans le projet de revision du titre préliminaire du Code civil, déposé le 17 novembre 1887 sur le bureau de la Chambre des représentants de Belgique.

Enfin quelques législations, tout en gouvernant en principe l'état et la capacité de l'étranger par sa loi personnelle, préfèrent cependant à cette loi la loi territoriale, dans tous les cas où elle pourrait être, soit, pour l'acte juridique que l'étranger a passé, une cause de nullité, soit, d'une manière plus générale, pour un national ou pour une personne résidant sur le sol de l'Etat, la source d'un préjudice; parmi les plus récentes, nous citerons la loi fédérale suisse sur la capacité civile, du 22 juin 1881; la loi monténégrine sur les biens, de 1888; le Code civil japonais, de 1890; enfin la loi d'introduction pour le Code civil de l'Empire allemand, mis en vigueur le 1er janvier 1900.

Ce qui frappe dans la plupart de ces lois, c'est la large place qu'elles font dans leurs dispositions au droit international privé et aux conflits de lois. Elles ne se bornent pas à poser un principe; elles descendent dans les multiples détails de son application; elles passent en revue, dans des articles nombreux, les divers conflits possibles, et précisent la solution qui doit leur être donnée, traçant ainsi au juge une ligne de conduite dont il ne lui est pas permis de s'écarter.

Seul, ou presque seul, le Code civil français se contente d'une brève affirmation. Toute sa doctrine, en matière de droit international privé, tient en quelques lignes. Un de ses premiers articles, l'article 3, rappelle aux Français émigrés que les lois qui concernent leur état et leur capacité les suivent hors de France, aux étrangers qui se trouvent sur notre territoire, qu'ils doivent obéissance aux lois françaises de police et de sûreté, et que leurs immeubles situés en France ressortissent à la loi locale : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. — Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Et ce n'est que de loin en loin que quelques articles, noyés au milieu de textes relatifs au droit interne, prévoient les conflits auxquels pourront donner lieu, relativement à leurs formes, les actes de l'état civil, les mariages et les testaments de nos nationaux hors de France (C. civ., art. 47, 170, 999), ou la constitution, en pays étranger, d'une hypothèque sur un immeuble français (C. civ., art. 2128).

Une pareille indigence est à première vue difficile à comprendre ; elle contraste singulièrement avec la littérature si abondante et si touffue qu'avait provoquée, jusque dans les dernières années de l'ancien régime,

la collision des lois et des statuts. Comment concevoir que les rédacteurs du Code civil, nourris de cette littérature, familiers avec les controverses ardues qui l'avaient défrayée, aient témoigné à la matière qui en faisait autrefois l'objet une indifférence aussi dédaigneuse?

Deux raisons expliquent cette indifférence :

Quoique plus tard étendues par analogie à la solution des conflits de lois entre Etats souverains, les règles développées par les jurisconsultes statutaires avaient eu pour fonction primitive et normale de délimiter le champ d'application des coutumes, de ces coutumes intérieures qui étaient si nombreuses dans l'ancienne France que, au témoignage de Voltaire, le voyageur y changeait plus souvent de législation que de chevaux. L'établissement de l'unité législative dans notre pays, œuvre de la Révolution française, ne laissait donc à ces règles qu'une importance très restreinte ; les conflits n'y étaient plus possibles de province à province, de seigneurie à seigneurie ; en devenant internationaux, ils avaient beaucoup perdu de leur fréquence, et par suite de leur intérêt pratique ; est-il bien surprenant dès lors que le législateur de 1804, sollicité par tant d'objets divers, n'y ait fixé qu'une attention distraite ?

Les circonstances, d'ailleurs, au milieu desquelles le Code civil, aujourd'hui centenaire, a été composé, et l'esprit qui en a manifestement inspiré les dispositions, justifient le laconisme qu'il a gardé relativement aux conflits de lois. A la générosité peut-être irréfléchie et excessive des lois révolutionnaires, avait succédé une défiance ombrageuse envers tout ce qui était étranger. La France était lasse d'être dupe ; elle ne voulait plus donner sans recevoir. Si l'on consentait encore à octroyer à l'étranger certains droits de famille ou certains droits patrimoniaux sur notre territoire, ils devaient lui être parcimonieusement mesurés ; ils devaient être subordonnés, dans leur exercice, à l'agrément du Chef de l'Etat ou à une condition de réciprocité diplomatique. De là les articles 11 et 13 du Code civil, qui, sans restaurer ouvertement le droit d'aubaine dans son ancienne rigueur, n'en établissent pas moins une inégalité profonde entre le national et celui qui n'est pas membre de la cité. Un tel accueil n'était guère fait pour encourager l'émigration étrangère. Les étrangers n'étaient pas nombreux en France au début du XIXe siècle ; et, comme ceux que cet accueil n'avait pas rebutés étaient eux-mêmes presque entièrement dénués de capacité, il pouvait paraître inutile de spécifier d'après quelle loi les rares droits qui ne leur étaient pas refusés, seraient, le cas échéant, appréciés et jugés. « Le Code civil se rédigeait en un temps où les conflits s'élevaient entre les armées des peuples plutôt qu'entre leurs lois » (1).

---

(1) A. Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du projet de revision du Code civil belge* (Extrait du *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1890, p. 7).



Les événements ont cependant été plus forts que les prévisions humaines. Guérie de ses rêves de conquêtes et de domination universelle, la France s'est faite douce et hospitalière aux étrangers. Innombrables sont aujourd'hui ceux qui, subissant l'attraction de son génie civilisateur, viennent, chaque année, se fixer sur son sol; nos grandes villes et nos départements frontières regorgent d'étrangers. Devant cette invasion pacifique, devant les avantages de toute nature que notre pays en retire, la législation française a désarmé. L'incapacité de succéder et de recevoir par donation entre vifs, dont les articles 726 et 912 du Code civil frappaient l'étranger, a été levée par une loi du 14 juillet 1819. D'autres lois ont proclamé l'égalité du national et de l'étranger devant la jouissance des droits d'ordre intellectuel. Enfin la jurisprudence elle-même, animée d'un esprit nouveau, a fait prévaloir une interprétation de plus en plus large et bienveillante pour les textes qui gouvernent la condition juridique des étrangers en France; renouvelant la distinction autrefois établie par notre ancien droit entre les facultés *juris gentium* et les facultés *juris civilis*, elle restreint à ces dernières la prohibition de l'article 11 du Code civil, et laisse au contraire à l'étranger toute liberté pour exercer celles qui procèdent du droit naturel. Les relations de famille et d'affaires entre Français et étrangers, ou entre étrangers ayant une habitation ou des intérêts sur notre territoire, ont dès lors pris un développement considérable; à tout instant, les tribunaux français sont appelés à en connaître; et il est devenu indispensable de savoir d'après quelles règles les contestations de cette nature devront être jugées. C'est alors que l'insuffisance des dispositions contenues dans l'article 3 du Code civil est apparue à tous les yeux, et que les auteurs se sont ingéniés à y suppléer par des déductions savantes.

L'opinion encore dominante à cette heure, c'est que, sous une forme abrégée, les auteurs du Code ont voulu purement et simplement reproduire, en l'appliquant au conflit international des lois, la théorie traditionnelle des statuts, et que, par suite, c'est aux interprètes autorisés de cette théorie, aux écrivains statutaires du XVIII[e] siècle en particulier, que doit être demandée la solution des difficultés qu'ils n'ont pas spécialement prévues. Les questions d'état et de capacité ressortiront donc au statut personnel de l'intéressé; celles qui concernent les biens dépendront de la loi de la situation : de celle de la situation matérielle, s'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble envisagé isolément, de la loi du domicile du propriétaire, considéré comme *statut réel fictif*, s'il s'agit d'une universalité mobilière.

Cette thèse, très accréditée dans la jurisprudence, qui en a fait de remarquables applications notamment en matière de successions, trouve quelque appui dans les travaux préparatoires du Code; des discours et des discussions qui ont précédé l'adoption de l'article 3 se dégage, en effet, l'impression que ses rédacteurs ont entendu le rattacher aux idées qui

avaient cours autrefois : « On a *toujours* distingué, disait Portalis dans son *Exposé des motifs du titre préliminaire*, les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes de celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées *personnelles* et les secondes *réelles* » (1). Et, de son côté, le tribun Faure déclarait au Conseil d'Etat, que « l'article 3 contient les principales bases d'*une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels* » (2). N'est-ce pas assigner à cet article une origine statutaire ? N'est-ce pas en faire l'aboutissant et l'héritier des théories anciennes sur la distinction et la collision des statuts ?

Nous estimons, pour notre part, que rien n'est plus douteux que cette prétendue filiation. Des allusions plus ou moins vagues, des réminiscences plus ou moins exactes dans un exposé des motifs ou dans un rapport ne sauraient prévaloir contre le texte définitif de la loi ; or, le texte de l'article 3 ne formule aucune adhésion, directe ou indirecte, à la théorie des statuts (3).

N'est-il pas remarquable, tout d'abord, que les mots *statut personnel* et *statut réel* ne figurent pas dans cet article ? Et, si l'on se rappelle le rôle important, exagéré, que jouaient les mots dans les systèmes autrefois proposés en vue de résoudre les conflits de lois, il est au moins étrange, on l'avouera, qu'une disposition destinée à en reproduire la doctrine ait passé sous silence les dénominations séculaires qui les caractérisaient jadis.

Allons plus loin. A supposer que le législateur de 1804 ait obéi à la tradition et se soit rallié, sans le dire, à l'antique doctrine statutaire, encore faudrait-il savoir quel système procédant de cette doctrine, quel système basé sur la distinction des statuts personnels et des statuts réels, il a voulu adopter. Est-ce celui de Dumoulin ? celui de d'Argentré ? celui de Boullenois ou celui de Bouhier ? Il n'était pas inutile de le dire, car, malgré leur point de départ commun, ces divers systèmes aboutissent à des conséquences très différentes. Le silence même gardé par la loi à cet égard permet d'affirmer que ce n'est pas la théorie des statuts qui triomphe avec elle.

L'article 3 lui-même ne prend-il pas soin d'ailleurs de souligner les dissidences qui le séparent de cette théorie ?

Il commence par affirmer le respect absolu auquel ont droit les lois de police et de sûreté, ce que nous appelons l'*ordre public*. Or ce souci de l'ordre public paraît avoir presque complètement échappé aux jurisconsultes de l'école statutaire ; l'obstacle que l'ordre public élève contre l'application de lois venues du dehors n'apparaît nulle part ou presque nulle part dans leurs écrits. Et il est facile de se rendre compte de cette

(1) Locré, *Législ. civ.*, t. I, p. 304.
(2) Locré, *ibid.*, t. I, p. 317.
(3) Cf. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 4e éd., n° 94, p. 202 et s.

lacune, « si l'on songe que, depuis Dumoulin, nos anciens auteurs, croyant à tort ou à raison que l'effet territorial ou extraterritorial d'une loi doit dépendre de la nature réelle ou personnelle de son objet, travaillaient exclusivement à rechercher quelles lois se référaient aux biens, quelles autres à la personne; c'était là pour eux, non seulement la première, mais la seule, question du droit international, c'était l'objet d'une préoccupation constante et tyrannique qui les empêchait de voir qu'il y avait peut-être, en dehors de ce cercle qu'ils s'étaient tracé, d'autres idées, celle de l'ordre public par exemple, qu'il eût été juste de prendre en considération et qui auraient pu faire varier sur certains points leurs opinions » (1). La notion de l'ordre public international n'est donc pas une notion statutaire, et en lui donnant une place d'honneur, la première place dans le texte qu'il consacre au conflit des lois, le Code civil a suffisamment montré son indépendance par rapport à la tradition.

La même indépendance se manifeste dans la disposition finale de l'article 3. S'il est une règle constante et certaine dans tous les systèmes qui se réclament de la distinction des statuts, c'est celle qui donne pour base au statut personnel le *domicile* de l'intéressé. C'est par la *lex domicilii* que se déterminent l'état et la capacité des personnes. Or, cette *lex domicilii*, le Code civil n'en veut point; il témoigne clairement sa préférence pour la loi nationale, lorsqu'il pose en principe que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». A ce point de vue encore, la législation nouvelle se sépare des théories dont on la dit issue.

Que reste-t-il en définitive de ces théories dans l'article 3 ? Le régime spécial fait par son paragraphe 2 aux immeubles, même à ceux qui appartiennent à des étrangers, sur le sol français? Lorsque l'article 3 nous dit que ces immeubles sont régis par la loi française, c'est-à-dire par la *lex rei sitæ*, n'a-t-il pas par cela même marqué la volonté de maintenir la distinction fondamentale de la doctrine statutaire, entre les lois relatives aux biens et celles qui concernent les personnes, les unes gouvernant toutes les choses, situées matériellement ou fictivement sur le territoire où leur empire s'exerce, les autres bénéficiant de l'exterritorialité ? Nous ne le croyons pas.

Observons en premier lieu que la disposition de l'article 3 § 2, ne mentionne que les immeubles dont un étranger est propriétaire en France; des objets mobiliers, il ne dit pas un mot; l'alinéa du projet qui, loin de soumettre les meubles à la loi de leur situation ou à celle du domicile de leur maître, ainsi que le décidaient les jurisconsultes statutaires, les faisait dépendre de la loi nationale de ce dernier, s'il était

(1) A. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, p. 13.



Français, a disparu de la rédaction définitive ; or il n'est guère admissible, si le Code civil avait entendu se rattacher à la théorie des statuts, qu'il ait négligé de régler les difficultés si graves que soulevait l'application de cette théorie aux biens mobiliers.

Quant aux immeubles, le texte qui leur est consacré s'explique à merveille sans qu'il soit nécessaire de recourir à la tradition. Le deuxième alinéa de l'article 3 n'est, selon nous, que le développement et la paraphrase de celui qui le précède immédiatement. L'article 3 § 1 met au-dessus des lois étrangères toutes les règles de la législation française, qui sont inspirées par l'intérêt général, toutes celles qui concernent le bon ordre ou la conservation de l'Etat français. Ces règles, qu'il n'est pas permis à l'étranger d'enfreindre, il s'abstient en général de les définir, laissant à la jurisprudence le soin d'en fixer le sens et la portée, essentiellement variables. Toutefois, il a paru nécessaire de prévenir une équivoque possible. Il est certaines lois françaises que l'on pourrait hésiter à comprendre au nombre des lois de police et de sûreté, visées à l'article 3 § 1, parce qu'elles ont pour objet principal en apparence de statuer sur des intérêts privés ; ce sont les lois relatives à la propriété foncière, relatives aux immeubles.

L'immeuble en effet peut être envisagé sous deux aspects différents : C'est un bien, susceptible de compter dans le patrimoine, susceptible d'appropriation, même au profit d'un étranger ; à ce point de vue, il ressortit au droit privé ; les relations juridiques, dont il est le siège ou l'occasion, sont des relations de droit privé. Mais c'est aussi une fraction du territoire national, un élément de la souveraineté territoriale de l'Etat ; et, en vertu de cette souveraineté, l'Etat a, et doit avoir, sur tout immeuble, un droit supérieur, une sorte de *domaine éminent*, d'une nature particulière, dont l'étendue est déterminée par le soin de sa conservation et de sa sécurité.

C'est précisément ce droit supérieur, ce domaine éminent que l'article 3 § 2 du Code civil veut rappeler, lorsqu'il dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Et le but poursuivi ressort avec une clarté parfaite du commentaire donné à ce texte par Portalis, dans son *Exposé des motifs* : « Le principe que les lois qui règlent *la disposition des biens* régissent les immeubles, lors même qu'ils sont possédés par des étrangers, dérive de ce que les publicistes appellent *le domaine éminent du souverain*. Ces mots n'expriment que le droit qu'a la puissance publique de *régler la disposition des biens* par les lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent » (1).

(1) Locré, *Législ. civ.*, t. I, p. 581 et 582.



Vainement prétendrait-on trouver, dans la mention consacrée par Portalis à *la disposition des biens*, la preuve que, dans sa pensée, tout ce qui concerne l'acquisition ou la transmission de la propriété immobilière relève de la *lex rei sitæ*, comme sous le régime statutaire.

La place occupée par ces mots dans l'*Exposé des motifs*, à côté de ce qui est relatif à la perception des impôts et à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ne permet pas de se méprendre sur leur véritable signification. L'immeuble que la loi française prétend régir, c'est l'*immeuble* considéré en lui-même, abstraction faite de la personne, française ou étrangère, dans le patrimoine de laquelle il figure, abstraction faite des *droits privés* dont il peut être l'objet; c'est l'immeuble considéré exclusivement dans ses rapports avec le *droit public*, avec l'intérêt public. La Révolution française n'avait rien laissé subsister de l'organisation féodale de la propriété; en abolissant les fiefs, les censives, les rentes foncières et les substitutions, elle avait proclamé l'égalité des terres, comme par ailleurs elle avait établi l'égalité des personnes; et les avantages que la société nouvelle attendait de toutes ces réformes depuis si longtemps réclamées eussent été singulièrement menacés, si le Code civil, qui devait couronner et cimenter l'œuvre de la Révolution, n'avait empêché qu'à la faveur de lois étrangères, admises à l'exterritorialité, il ne se préparât une restauration de l'ancien régime.

Que tel soit le sens de l'article 3 § 2, que ce texte n'ait envisagé les immeubles qu'à un point de vue spécial et limité, au point de vue des exigences de l'ordre public, et non au point de vue des droits privés que telle ou telle personne peut avoir sur eux, cela résulte encore, croyons-nous, de l'histoire des vicissitudes de rédaction par lesquelles il a passé.

Le projet du livre préliminaire du Code civil, préparé par la commission, portait que l'*étranger* est soumis à la loi française pour les *biens* qu'il possède sur le territoire français, et pour sa personne pendant sa résidence. Cette disposition se retrouve dans la première rédaction proposée par la section de législation ; mais déjà nous apercevons un changement dans le texte mis en délibération, le 6 thermidor an IX, devant le Conseil d'Etat : « L'*étranger*, y est-il dit, *même non résidant en France*, est soumis aux lois françaises pour les *immeubles* qu'il y possède ». Ce ne sont donc plus les *biens*, en général, ce sont les seuls *immeubles* appartenant à l'étranger sur notre territoire, que la loi française prétend assujettir à ses prescriptions, parce que seul le régime des immeubles intéresse directement l'ordre public. On ne regarde plus à la nature *réelle* ou *personnelle* de la loi dont il s'agit de déterminer la sphère d'application. Si les immeubles situés en France doivent être régis par la loi française, ce n'est pas en tant que *biens*, — les objets mobiliers sont, eux aussi, des *biens*, et cependant la règle est pour eux sans effet, — c'est à raison du caractère particulier que revêt

la propriété immobilière, à raison de ce que Portalis appelait le *domaine éminent* de l'Etat.

Mais on n'en est pas resté là. Les modifications apportées jusqu'alors au texte du projet avaient, tout au moins, respecté la formule primitive de ce projet, laquelle soumettait l'*étranger* à la loi française, pour les *biens*, ou pour les *immeubles* par lui possédés en France. Cette formule elle-même devait recevoir un changement significatif, dans la séance du 4 fructidor an IX : « L'étranger, porte la disposition nouvelle, que l'article 3 du Code civil n'a fait en somme que reproduire dans ses deux premiers alinéas, pendant sa résidence ou son séjour en France, y sera personnellement soumis aux lois de police et de sûreté. Les *immeubles* qu'il y possédera seront régis par la loi française, lors même qu'il n'y résidera pas ». Ce qui est soumis à la loi française, ce n'est donc pas l'*étranger*, pour les immeubles qu'il possède sur notre territoire, c'est l'*immeuble* lui-même, c'est le fonds de terre, quelle que soit la nationalité ou la résidence de son maître. Il est impossible, croyons-nous, de fixer en termes plus nets les limites qui bornent l'application de nos lois en matière immobilière : la loi française, *lex rei sitæ*, régit l'immeuble, et d'une manière générale la propriété foncière, prise en elle-même, dans son régime juridique et économique, en un mot sous le rapport du droit public ; mais tout ce qui concerne le *propriétaire étranger*, et en particulier sa capacité d'acquérir et de transmettre, échappe à l'action de cette loi.

Quand est-ce donc que l'article 3 § 2 du Code civil, ainsi expliqué et compris, imposera l'application de la loi française à un immeuble, même possédé par un étranger sur notre territoire ? Toutes les fois, dirons-nous, que cette loi a statué directement en vue de l'immeuble, et non pas de l'intérêt particulier de telle ou telle personne : lorsqu'elle établit le régime de la propriété foncière, lorsqu'elle détermine quels biens sont meubles ou immeubles, quels immeubles sont *in commercio* ou *extra commercium*, lorsqu'elle précise la nature et l'étendue des droits dont ils peuvent être l'objet, lorsque, dans un intérêt public, elle soumet leur transmission à certaines règles, notamment à la formalité de la transcription.

Il n'y a rien de commun, on en conviendra, entre cette interprétation si naturelle et en même temps si restrictive de l'article 3 § 2, et la théorie des statuts, laquelle entend régir exclusivement par la loi de la situation matérielle, ou fictive, tous les faits et tous les rapports juridiques, généralement quelconques, dont un *bien*, meuble ou immeuble, peut être l'occasion.

Ainsi, à quelque point de vue que l'on se place, rien dans le Code civil ne rappelle la vieille doctrine statutaire ; aucun des trois alinéas de l'article 3, qui traite du conflit des lois, ne correspond aux solutions caractéristiques de cette doctrine. N'est-ce donc pas une témérité singulière

que d'affirmer, malgré tout, que c'est à elle que sont allées les préférences du législateur de 1804?

Sans doute, il y aurait une témérité non moins grande à prétendre que les rédacteurs du Code civil ont voulu adopter, par une sorte de divination, et bien avant qu'elles n'aient reçu leur formule scientifique, l'une des théories opposées que nous mentionnions plus haut; ils n'ont pu prévoir et ils n'ont prévu ni Savigny, ni l'école italienne de la personnalité du droit.

Mais ce qui est probable, c'est qu'ils ont reculé devant la réglementation législative détaillée d'une matière qui faisait à bon droit l'effroi des jurisconsultes, ils n'ont pas osé se hasarder sur un terrain hérissé d'obstacles et de broussailles. Indifférents à la théorie des statuts, dont leurs esprits avisés avaient discerné les inconséquences et mesuré l'arbitraire, ils ont borné leur ambition à l'affirmation de certaines règles, de certains principes qui leur ont paru supérieurs à toute controverse. Ces principes font la part nécessaire de ce que commande le respect de la souveraineté française. Le juge français est tenu d'appliquer à ses nationaux, même émigrés, les lois françaises qui gouvernent l'état et la capacité des personnes; il est tenu d'appliquer aux étrangers, qui se trouvent en France, les lois françaises qui s'inspirent de l'ordre public international, en particulier celles qui fixent le régime de la propriété foncière. Mais, dès que ces prescriptions sont obéies, la liberté des tribunaux, la liberté des interprètes s'exercent sans entrave; et c'est ce qui explique que toutes les écoles de droit international privé aient encore aujourd'hui des représentants dans la doctrine française, que toutes puissent invoquer en leur faveur quelques décisions judiciaires.

Est-ce à dire que cette liberté laissée aux commentateurs et à la jurisprudence soit de toutes les solutions la meilleure? Assurément non. Les hésitations, naturelles au début du siècle dernier, ne sont plus permises à cette heure. Depuis cent ans les jurisconsultes, les sociétés savantes ont multiplié leurs investigations et leurs efforts, avec un zèle inlassable, ils ont recherché et formulé les *desiderata* de la science, dans le domaine du droit international privé; ils ont fait leur œuvre. Au législateur d'accomplir maintenant la sienne. Les matériaux sont réunis. Il s'agit d'élever l'édifice. Les problèmes si délicats que soulève le conflit des lois, et dont la pratique révèle l'importance chaque jour grandissante, ont presque partout, autour de nous, été abordés et résolus. Ce que l'Italie, ce que l'Espagne, ce que l'Empire allemand ont su réaliser dans leurs codes, la France a le devoir impérieux de l'entreprendre, et les conventions récentes de La Haye, auxquelles elle a pris une part décisive, sont un gage de sa bonne volonté.

André Weiss.



Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Rennes

La Famille et le Code civil

LA FAMILLE ET LE CODE CIVIL

Le but unique de ce travail est de rappeler, à l'occasion du Centenaire du Code civil, quelle est, en se bornant tout à fait aux grandes lignes, la place que le Code de 1804 occupe, la part d'influence qui lui revient, dans l'histoire de la famille.

Je ne ferai qu'une remarque préliminaire.

La famille est, peut-être, de toutes les institutions, celle dont la constitution, l'organisation et le développement ont le moins subi à toute époque l'influence des réglementations légales; elle est plus qu'aucune autre le produit des mœurs. C'est qu'il n'y a pas d'institution qui soit plus étroitement subordonnée à la nature même de l'homme, à ses intérêts, comme à la conscience et à l'âme que lui ont faites la civilisation progressive et l'idée religieuse épanouie dans le christianisme.

Sans doute, nous distinguons, suivant une terminologie trompeuse, des familles légitimes et des familles naturelles, mais ces deux cercles familiaux, s'ils diffèrent par leur étendue, par leur rôle, par la portée des rapports qu'ils engendrent, ne sont pas plus l'un que l'autre une création artificielle de la loi et reposent également sur les sentiments intimes de l'homme.

L'idée de famille naturelle traduit déjà l'affection mutuelle que la parenté fait germer dans le cœur des êtres qui descendent l'un de l'autre, elle exprime au moins le devoir réciproque d'assistance que la filiation impose. L'idée de famille légitime donne en outre satisfaction à un autre sentiment humain, elle est le produit de l'*instinct social* qui inspire à l'homme la compréhension de la solidarité qui le rattache à sa race propre dans le passé et dans l'avenir. Cet instinct social, mettant au cœur de l'homme un amour qui embrasse au delà de la femme les enfants, au delà des enfants toute leur descendance, le pousse à grouper plus étroitement, plus solidement, autour de lui, sa femme et ses enfants, non pas seulement pour les aimer et les assister eux-mêmes, mais encore pour assurer autant que possible le progrès matériel et moral de toute sa descendance, pour mieux parvenir dans ce cercle défini à communiquer aux siens les traditions reçues, l'empreinte personnelle voulue, l'héritage amélioré qu'ils transmettront à leur tour, de façon que la solidarité entre les ascendants et les descendants soit ainsi indéfiniment établie.

La famille légitime, aussi bien que la famille naturelle, s'est donc constituée progressivement dans les mœurs avant d'être reconnue par la loi, et elle s'est développée selon les mœurs beaucoup plus qu'elle n'a obéi aux tendances de la loi. D'ailleurs, quand la nature de l'homme, quand ses instincts et tout son être moral, sont ainsi en cause, la loi eût été impuissante et absurde qui eût voulu se placer en travers et chercher hors des mœurs la base et le sens de l'organisation de la famille.

Cela ne veut pas dire pourtant que l'intervention du législateur ait été ici superflue et dénuée d'influence.

D'abord la famille que les mœurs ont organisée doit obtenir de la loi une consécration nécessaire. Les droits et les devoirs qu'elle implique ne sauraient être contrariés, ou simplement, en cas de conflit, rester privés de sanction juridique, sans qu'il en résulte un désordre social et un véritable scandale. Les insuffisances de la loi en cette matière, même lorsque la pratique y supplée dans l'application, amènent très vite un état d'inquiétude et un sentiment d'hostilité contre les institutions juridiques.

D'autre part, si je crois que la mission du législateur est ici plus qu'ailleurs d'observer, de suivre les mœurs pour leur appliquer une réglementation juridique adéquate, cette mission n'en a pas moins une haute portée sociale. C'est qu'en effet, dans un même état social, les mœurs dont dépend l'organisation de la famille ne présenteront jamais une uniformité parfaite. Il faut constater, lorsqu'on envisage les mœurs, qu'il y aura toujours à toute époque de bonnes mœurs et de mauvaises mœurs. L'idéal des mœurs n'est pas lui-même uniforme ni stable, il évolue lentement. La loi, intervenant pour réglementer la famille, exercera précisément une influence sociale par la manière différente dont elle appréciera et sanctionnera les mœurs variées, les mœurs en voie de transformation. La loi, grâce à l'autorité morale dont elle jouit, deviendra l'un des facteurs agissant sur la conscience publique; et n'est-ce pas la conscience publique qui dirige les mœurs? Le rôle de la loi vis-à-vis de la famille n'est donc pas entièrement passif. La loi doit prêter son appui à la conscience publique en sanctionnant les mœurs qu'elle approuve, elle doit chercher à fortifier ce qu'il y a de bon dans l'homme et à ne pas se rendre complice des mauvaises mœurs (1). La loi ne peut pas ignorer les mauvaises mœurs, elle ne peut pas n'en point tenir compte, mais si elle ne s'efforçait pas d'aider au développement des bonnes mœurs, si elle ne faisait pas la distinction entre les mauvaises et les bonnes mœurs, la conscience publique, qui est l'une des bases de l'ordre et du progrès social, ne pourrait manquer d'en être profondément troublée.

---

(1) « La meilleure législation est celle qui *favorise* les progrès de la morale publique », disait Cambacérès en présentant le premier projet du Code civil.



Après cette déclaration préliminaire, je puis donc affirmer *a priori* que ce ne fut point, dans tous les cas, un événement sans intérêt pour la famille que la promulgation de la réglementation générale contenue au Code civil, que cette codification des rapports de famille entreprise presque au lendemain de la Révolution et destinée à fixer toutes les sanctions juridiques des droits et des devoirs de famille. Mais aussi je puis maintenant ajouter que l'enseignement le plus utile, la constatation la plus intéressante, qui découlent pour le sociologue et le jurisconsulte d'un retour sur cet événement, c'est la confirmation, par une expérience plus décisive que toute autre, de ce fait que l'histoire de la famille se déroule principalement dans les mœurs et que la loi n'en peut modifier ou diriger le cours que dans la mesure restreinte où elle est capable d'influer sur la conscience publique.

Les législateurs de la Révolution ne s'étaient guère inspirés des mœurs traditionnelles pour réglementer la constitution de la famille; ils ne s'étaient pas contentés de donner satisfaction aux tendances nouvelles dont ils auraient pu constater les indices dans la pratique; ils avaient voulu réaliser d'un jour à l'autre, par l'intermédiaire de la loi, les aspirations des philosophes du XVIII[e] siècle et l'idéal individuel qui se dégageait, pour la majorité d'entre eux, du bouleversement des idées, suite du grand mouvement de 1789. L'œuvre du Code civil dénote une réaction digne de remarque contre cette méthode. Le Code civil revient le plus souvent aux mœurs traditionnelles; il comprend qu'il a pour mission, en principe, de sanctionner ces mœurs. Une pareille attitude implique l'aveu le plus précieux pour le sociologue. Le Code civil ne répudie pas pourtant toutes les réformes conçues à l'époque révolutionnaire; il essaie une transaction entre les mœurs traditionnelles et les dispositions du droit de la Révolution, toutes les fois que ces dispositions lui paraissent avoir pénétré déjà les mœurs, ou au moins toutes les fois que l'idéal, que ces dispositions avaient pour but de réaliser, lui semble avoir gagné la conscience publique. La part qui revient au Code civil dans l'histoire de la famille en 1804, la voilà : le Code a proposé la formule de transactions possibles entre les mœurs traditionnelles et les tendances nouvelles. En se rendant compte de la réaction opérée, des transactions essayées, on mesurera toute la portée du Code civil en cette matière, on comprendra le point de vue de ses rédacteurs.

Les dispositions du Code, en partie transactionnelles, en partie anciennes, ont-elles dirigé en ce qu'elles avaient de nouveau, arrêté en ce qu'elles avaient de traditionnel, l'histoire de la famille? Un retour en arrière, poursuivi pendant toute l'application du Code civil, achève de montrer que les mœurs ne sont nulle part plus indépendantes de la loi. Les mœurs n'ont accepté la formule des transactions inscrites au Code



civil et n'ont été influencées par elle que dans la mesure où cette formule trouvait déjà, dans les mœurs, dans la conscience publique, un appui. Et à l'inverse, les mœurs traditionnelles observées et définies dans un Code immobile n'ont été pour ainsi dire pas arrêtées dans leur marche par cette réglementation fixe. Le Code civil n'a pas empêché une certaine progression des mœurs. Comme nulle loi n'eut jamais davantage la prétention de fixer, d'unifier le droit, nulle expérience ne pouvait mieux démontrer que les rapports de famille se constituent et se transforment indépendamment de la loi. La loi les sanctionne ou ne les sanctionne pas, les contrarie ou leur prête son assistance, et par là sans doute elle peut exercer sur eux une influence que je ne nie pas; il n'en est pas moins vrai que pour la plus grande part elle ne les crée ni ne les dirige.

Chacun des rapprochements que je viens d'établir ainsi, à deux moments différents, entre la famille et le Code civil, mériterait une étude approfondie. Je ne puis, dans les quelques lignes qui vont suivre, que résumer, rappeler, par une allusion rapide, les faits connus, pour préciser l'impression que je viens d'affirmer.

I

La famille légitime de notre ancien droit, — du droit sorti de la Renaissance, — autant qu'on peut en donner une notion unifiée malgré la divergence des mœurs et des réglementations des coutumes et du droit écrit, — si elle n'étouffait plus la personnalité de tous ses membres, comme la famille antique, sous la puissance écrasante du père héritier des ancêtres, n'en était pas moins demeurée un groupe social associant tous les parents dans une même situation sociale et ayant pour rôle éminent, non pas seulement de constituer à chacun un foyer où il pût développer mieux son individualité, mais encore d'assurer dans l'intérêt de tous la permanence de la situation sociale du cercle familial. Il faut seulement noter que l'unité sociale de la famille profitait moins exclusivement qu'autrefois au chef et était davantage destinée à servir l'intérêt de tous les membres. La famille de notre ancien droit cherchait à réaliser et à concilier les droits individuels et l'unité sociale des parents légitimes, bien qu'elle sacrifiât peut-être davantage à l'unité sociale du groupe.

Voilà pourquoi elle reposait sur l'union indissoluble de l'homme et de la femme. L'homme et la femme ne peuvent constituer une famille qui inaugure un groupe social permanent si leur union n'est pas définitive, s'ils ne demeurent pas solidaires dans l'œuvre d'édification de la situation sociale de la famille. Voilà pourquoi encore, à beaucoup d'égards, la famille était restée placée dans les pays de droit écrit sous la puissance paternelle imitée du droit romain, dans les pays de coutume sous l'autorité

du père. Les coutumes comprenaient que le père avait le droit et le devoir, non pas seulement dans l'intérêt exclusif de ses enfants, mais aussi dans l'intérêt solidaire de la race, de diriger ses descendants mineurs suivant les traditions de la famille, et de veiller à ce que la famille ne soit après lui déchue du rang social où l'avaient fait parvenir les ancêtres. En conséquence, la législation civile, malgré le droit canonique, s'était efforcée de maintenir aux parents le droit de consentir au mariage de leurs enfants, afin que soient évitées autant que possible les mésalliances contraires à l'esprit de la famille légitime. En conséquence toujours, au XVIIIe siècle aussi bien qu'à l'époque antérieure, le pouvoir royal mettait souvent des lettres de cachet à la disposition des pères pour empêcher que des enfants majeurs ne diminuent par leurs débordements la situation sociale d'une famille. Et nous pourrions dire que c'était la même idée fondamentale qui continuait à justifier les droits prépondérants des héritiers mâles, de l'aîné, etc.

Cette conception donnait satisfaction à la fois à l'intérêt social, qui trouvait dans ces groupes solidaires une force morale et économique, et aux mœurs de l'époque fondées sur le besoin d'autorité, d'expansion et de survivance dans sa race, qui est au fond du cœur de tout homme, et que la Renaissance avait encore développé.

L'influence de l'Eglise catholique, dont l'autorité spirituelle s'était bientôt établie dans l'ancienne France, avait contribué d'ailleurs, dans l'ensemble, à fortifier cette conception. L'Eglise catholique avait revendiqué pour elle le droit de réglementer le mariage à raison de son caractère moral et religieux, et c'était elle qui avait fait triompher le principe de l'indissolubilité du mariage, par des raisons théologiques sans doute, mais aussi en vertu de considérations sociales. Elle n'approuvait l'amour charnel de l'homme et de la femme que dans le mariage, parce qu'elle élevait le mariage en tenant compte de sa fin sociale, qui est aussi une fin divine, la société humaine, au point de vue canonique, étant créée pour la gloire de Dieu. Sans doute, l'Eglise ne cimentait le foyer domestique, l'union indissoluble de l'homme et de la femme, que pour constituer à l'enfant un milieu propice où il pût dans les meilleures conditions développer sa personnalité ; sans doute, l'Eglise, dans la solidarité qu'elle établissait à son tour entre la race et chaque individu, n'attribuait pas la même importance que les mœurs à la permanence de la situation sociale de la famille et tenait davantage à l'individualité de chacun ; néanmoins, en admettant le devoir de solidarité familiale qui était la base du mariage indissoluble, en fait elle avait confirmé les mœurs dans leurs tendances.

La famille naturelle, si pour l'époque on peut employer cette expression, ne pouvait, dès lors, avoir dans l'ancien droit qu'un caractère

amoindri. La parenté naturelle était d'abord une parenté honteuse, puisqu'elle naissait d'un amour condamné par la morale chrétienne. Et surtout l'enfant dont les parents avaient repoussé la solidarité du mariage demeurait, bien plus qu'en droit romain, isolé dans la société, parce que le mariage était devenu la condition nécessaire de toute association familiale. L'enfant naturel ne pouvait pas compter, en dehors de l'affection et de l'assistance *individuelle* de ses père et mère, sur l'appui d'un groupe social, car il n'y avait que des liens de parenté, il n'y avait pas de liens de famille entre lui et ses père et mère (Pothier, *Des personnes*, n° 118). Il ne recueillait pas d'héritage, car la fortune de ses auteurs, qui étaient sans doute eux-mêmes enfants légitimes, ne devait pas quitter la famille légitime dont elle était provenue, — la succession *ab intestat* était, dans tous les cas, considérée comme une conséquence de l'association familiale et n'existait point en dehors d'elle.

Toutefois, si les mœurs anciennes, en particulier sous l'influence du droit canonique, faisaient dépendre du mariage la constitution d'un groupe de famille, et n'admettaient point de rapports de famille en dehors du mariage, elles étaient loin de méconnaître les devoirs de la parenté naturelle. C'est dans l'ancien droit que s'est vraiment précisée avec une netteté absolue la distinction entre les rapports de famille et les rapports de parenté (Pothier, *Des personnes*, n° 118; *Du contrat de mariage*, n° 394). L'enfant naturel n'avait pas le droit de profiter de la situation de famille de ses parents, mais du moins la vie qu'il avait reçue devait être entretenue tant qu'il en était besoin par ceux-là qui la lui avaient donnée. Et la coutume, d'accord avec les mœurs, précédée encore dans cette voie par le droit canonique, s'ingéniait à garantir l'accomplissement de ce devoir alimentaire en facilitant la preuve de la filiation naturelle. Non seulement la maternité naturelle se prouvait par tous les moyens, mais d'après le droit canonique la paternité naturelle se présumait lorsque le prétendu père et la mère avaient vécu maritalement, comme nous dirions aujourd'hui ; elle se prouvait par la possession d'état ; enfin, la mère, autorisée à établir par tous modes de preuve la paternité du prétendu père, était même, provisoirement, crue sur parole : « *Creditur virgini praegnanti* ».

Telle est l'organisation familiale que les lois de la Révolution avaient prétendu transformer et qui se trouva contredite, soit dans les décisions de l'Assemblée législative et de la Convention, soit dans leurs projets.

Il semble qu'au premier moment, lorsque s'éleva le vent des réformes, on n'avait songé qu'à donner satisfaction à certains mouvements qui s'étaient manifestés jusque dans les mœurs. C'est en se fondant sur l'état des mœurs que l'on réclama d'assez bonne heure la sécularisation du mariage et l'établissement du divorce.

La célébration du mariage était devenue dans l'ancienne France exclusi-

vement religieuse, et l'Eglise catholique y présidait seule; même elle prétendait en fixer seule les conditions. Tant que la religion catholique avait été seule, en effet, pratiquée en France, cela s'était accordé parfaitement avec les mœurs, mais le développement du protestantisme avait changé la situation, et les protestants nombreux qui ne pouvaient ni ne voulaient se marier devant l'Eglise catholique ne trouvaient plus dans la loi la réglementation de l'union qu'ils voulaient contracter. Cette contradiction, opposée aux mœurs des protestants, mœurs que la liberté de conscience défendait de contrarier, était évidemment regrettable. La Constitution du 3 septembre 1791, en proclamant que la loi ne regarde le mariage que comme contrat civil, trouvait donc dans les mœurs son appui.

Les philosophes ou les pamphlétaires, souvent anonymes, qui agitèrent les premiers sous la Révolution l'idée du divorce, pouvaient, d'autre part, écrire que le nombre des ménages dont l'inconduite respective faisait scandale était devenu considérable. Certainement, au XVIII[e] siècle, sous l'influence de causes diverses, et en particulier à la suite de la diminution de l'esprit religieux, les mauvaises mœurs s'étaient répandues. Nous pouvons d'autant mieux dire les mauvaises mœurs, que la conception traditionnelle de la famille, battue en brèche par les philosophes, et peut-être au fond par la société raffinée qui obéissait à leurs inspirations, ne s'était point pour cela modifiée dans les sentiments de la masse, dans la conscience publique ; la fidélité conjugale, qui est l'une des formes et l'une des bases de la solidarité familiale, restait bien à la fois le fond et l'idéal des mœurs, mais c'était un idéal que davantage qu'autrefois beaucoup n'avaient plus la vertu de suivre. Alors on put soutenir que le scandale qui résultait de cette contradiction entre la conscience publique et des mœurs trop fréquentes était le résultat d'un préjugé, d'une façon trop étroite de comprendre la perpétuité du mariage. On put chercher à peser sur la conscience publique en lui montrant le spectacle des mœurs, en lui suggérant qu'en présence de tant d'unions malheureuses, d'adultères, le mieux était de régulariser des faits qu'on ne pouvait empêcher en rompant le mariage dont la foi n'était plus suivie, et en consacrant les liens nouveaux recherchés par les anciens époux. Sophisme, peut-on dire, car, si la fidélité conjugale doit demeurer l'idéal, la loi, qui ne peut empêcher les mœurs contraires, ne doit pas du moins les encourager en les sanctionnant, elle ne doit pas s'effrayer d'un scandale qui, seul, peut arrêter sur la pente des mauvaises mœurs. Quoi qu'il en soit, l'état des mœurs put servir de point de départ au mouvement en faveur du divorce.

Mais bientôt les réformateurs de la Révolution s'inspirèrent de tendances très différentes. Au lieu de chercher à dégager une réglementation de la famille adéquate aux mœurs, ils voulurent formuler une réglementation conforme à leur idéal philosophique, sur laquelle les mœurs se

modèleraient. Ils répudièrent au besoin la conception traditionnelle de la famille et prétendirent changer les mœurs, parce que les bases de la société ancienne leur parurent inconciliables avec deux aspirations dont ils voulaient assurer l'épanouissement, l'aspiration à une complète liberté individuelle, l'aspiration à l'égalité.

Ainsi, lorsque l'Assemblée législative institua le divorce par le décret du 20 septembre 1792, ses rapporteurs, des orateurs divers, affirmèrent bien d'abord que le divorce, en fait, ne changerait pas la physionomie essentielle du mariage traditionnel, et que la loi consacrerait seulement les désunions exceptionnelles passées dans les mœurs, admises par les protestants ; mais ce qui toucha le plus, semble-t-il, les législateurs, c'est que la possibilité du divorce leur parut une conséquence nécessaire de la liberté individuelle. La preuve, c'est qu'ils admirent le divorce par la volonté d'un seul, pour incompatibilité d'humeur, malgré les raisons morales ou sociales invoquées contre cette extension, parce qu'aucun des époux ne pouvait être maintenu dans les chaînes du mariage malgré lui (V. Olivier Martin, *La crise du mariage*, thèse 1901, p. 75). Par la suite, des décrets de la Convention, en particulier le décret des 4-9 floréal an II, vinrent encore faciliter le divorce et donner au mariage la physionomie d'une véritable union libre, en abrégeant les délais d'épreuve, en débarrassant la procédure des obstacles ou des pratiques gênantes. C'est que le mariage indissoluble paraissait toujours davantage contraire à la liberté individuelle, et que l'on se préoccupait de moins en moins de ce fait que les mœurs jusqu'ici vécues reposaient sur les *liens* du mariage.

Je ne m'arrête pas à la suppression du droit d'aînesse, de l'inégalité entre les enfants dans le partage, dont le caractère « révolutionnaire » est évident.

De même, lorsque la Convention chargea son Comité de législation de rédiger un projet de Code civil, ce Comité ne se préoccupa aucunement des mœurs coutumières pour réglementer les rapports du mari et de la femme, du père et des enfants. La puissance maritale ne fut plus inscrite dans le projet, car elle froissait la liberté de la femme et son droit à l'égalité : l'association conjugale devait être dirigée en commun par le mari et la femme (Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, p. 297). L'inefficacité d'une suppression *brutale*, que les mœurs n'auraient point *encore* comprise, ne fut point escomptée par les réformateurs ; il s'agissait d'améliorer les mœurs et non pas de transiger avec elles. Et si la Convention ne voulut pas suivre sur ce point son Comité, le projet rédigé n'en reste pas moins le témoin d'un curieux état d'esprit. La puissance paternelle, d'autre part, ne pouvait être effacée du projet : l'enfant, tant qu'il se développe, a besoin d'un appui, d'une direction, et la supériorité de la protection familiale sur toute autre fut à peine discutée. Du moins le

Comité de législation, ne voulant pas que l'autorité paternelle pût servir au père à peser sur la liberté de l'enfant, imagina d'introduire dans la famille une institution nouvelle : le tribunal de famille, chargé d'une mission de surveillance et d'arbitrage. Institution nouvelle, non pas peut-être dans les lois, mais nouvelle dans les mœurs, dans la pratique ordinaire des familles. L'institution répond à un certain idéal du Comité, peu importe qu'elle cadre ou non avec les mœurs de la famille.

Mais la Convention méconnut bien davantage encore les mœurs traditionnelles dans sa législation sur les enfants naturels. Et cela d'une double manière. Dans l'état social antérieur, la condition des enfants naturels était profondément différente de celle des enfants légitimes, puisque ceux-ci, nés en dehors d'une association de famille, ne participaient pas à la situation sociale de leurs parents. Cette inégalité choqua les législateurs révolutionnaires, dont l'ambition, noble et généreuse en soi, était de faire régner l'égalité. L'Assemblée législative avait songé à accorder aux enfants naturels des droits successoraux; la Convention, dans la loi du 12 brumaire an II, assimila complètement les enfants naturels aux enfants légitimes. Elle ne s'arrêta pas à l'objection tirée de leur naissance honteuse : préjugé à effacer de la conscience publique! Elle ne s'arrêta pas à l'objection tirée de la nature des choses; pour que les enfants naturels aient des droits de famille, il faut qu'il y ait une famille, c'est-à-dire une association, un groupe, dont le père et la mère aient *accepté* les liens : l'objection conduirait à admettre des inégalités fatales, et l'inégalité est intolérable. Ainsi la Convention disposait que la famille aurait une autre source que le mariage, que la solidarité familiale pourrait exister indépendamment d'une association définitive consentie librement entre l'homme et la femme : quel désaccord avec les idées et la pratique traditionnelles ! D'autre part, et en même temps, la Convention supprimait les modes de reconnaissance forcée de la filiation naturelle jusqu'à n'admettre d'autre preuve que la possession d'état. Non pas que la Convention songeât à retirer d'une main les avantages qu'elle accordait de l'autre, mais la reconnaissance volontaire lui paraissait préférable, étant donnés les dangers de la recherche judiciaire, les abus auxquels la recherche de la paternité avait donné lieu dans l'ancien droit; et alors elle se persuadait qu'il lui suffirait de proclamer le devoir moral de la reconnaissance volontaire pour obtenir des pères et mères naturels le libre accomplissement de cette obligation. La Convention négligeait ainsi de se souvenir que les mœurs traditionnelles faisaient de la reconnaissance des liens de parenté un devoir juridique et réclamaient de la loi des sanctions judiciaires — preuve expérimentale de la nécessité de ces sanctions.

Le législateur de la Révolution eut à peine le temps de s'apercevoir

18



que les résultats ne répondaient point à son programme. Cependant l'idéal de liberté et d'égalité, qui avait été celui de la Révolution, était vite devenu aussi l'idéal de la nation. Mais c'était un idéal vague, incertain. Le tort des hommes de la Révolution fut de vouloir le réaliser brusquement, suivant leur logique, sans se préoccuper de rechercher dans quelle mesure les mœurs étaient préparées à le *pratiquer* effectivement. L'expérience fut recueillie par les rédacteurs du Code civil, qui revinrent donc à la tradition ou qui, tout au moins, se contentèrent, à titre de transaction entre les conceptions anciennes et les aspirations nouvelles, de maintenir les dispositions du droit de la Révolution qui parurent les plus proches des mœurs.

En somme, si l'on fait abstraction des détails, le bilan des réformes révolutionnaires retenues par le Code civil sera vite dressé. Hormis quelques réformes caractéristiques dont je vais tâcher de rappeler en peu de mots la portée, je puis dire, observant les lignes essentielles de la réglementation nouvelle, que par ailleurs le Code civil s'est conformé à la conception ancienne, s'efforçant principalement d'unifier les solutions de l'ancien droit (l'uniformité réalisée n'est pas elle-même un fait à retenir, puisqu'elle n'a porté que sur des détails).

Quelles sont donc les innovations maintenues, par rapport à la conception traditionnelle ?

En premier lieu, le principe de la sécularisation du mariage ne fut pas remis en question. Il répondait à une aspiration de la conscience publique; cependant on ne peut pas dire qu'il eût obtenu l'adhésion certaine de la masse, ni que les mœurs eussent été capables de le faire triompher sans l'intervention de la loi. D'abord les mœurs, plus lentes à transformer que la raison, restaient, après la Révolution, très éloignées de cette liberté de conscience dont la nécessité était maintenant avouée. D'autre part, le principe de la sécularisation du mariage paraissait, dans certains milieux catholiques, dépasser les revendications légitimes de la liberté de conscience, ou même violer, cette fois contre les catholiques, la liberté de conscience. Le principe que le Code civil recueillait dans les lois révolutionnaires ne se bornait pas, en effet, à dispenser les protestants, les juifs..., de la célébration de leur mariage devant l'Eglise catholique; il n'aboutissait pas à reconnaître la validité au point de vue civil du mariage protestant, du mariage juif; il imposait à tous la célébration laïque d'un mariage civil. Pourquoi, disait-on, cette célébration laïque, alors que le mariage était resté dans les mœurs universelles — malgré la législation révolutionnaire — un acte religieux? En imaginant la conception d'un mariage civil, les législateurs ne voulaient-ils pas détourner de la conception du mariage religieux, ne portaient-ils pas atteinte par là à la conscience catholique ? Les rédacteurs du Code civil ne s'illusionnèrent point

sur les résistances probables de la pratique, puisqu'ils eurent recours à la législation pénale pour appuyer leur œuvre, et crurent devoir faire menacer d'une amende les ministres du culte qui célébreraient un mariage religieux avant le mariage civil.

Pourquoi donc le Code civil admit-il la sécularisation du mariage, et quelles étaient dans la pensée de ses rédacteurs, quelles étaient aussi, en soi, la raison d'être et la portée exacte de cette réforme de la Révolution ? Les législateurs de 1804 considéraient certainement que la liberté de conscience désirée par tout le monde a pour corollaire naturel l'*indépendance* de la loi vis-à-vis de la religion : voilà ce qui justifie la sécularisation du mariage dans le Code civil, voilà ce qui en détermine l'importance.

Pour des esprits non prévenus, il n'eût pas été impossible de concilier la liberté de conscience et le maintien d'un mariage religieux dans la législation civile. Il eût suffi pour assurer cette conciliation que le mariage religieux ne fût pas la seule forme imposée à tous ceux qui veulent contracter une union légitime, mais qu'il fût seulement l'une des formes de mariage reconnues et proposées aux sujets. Mais l'idée d'un pareil système ne pouvait guère se présenter en 1804. Les circonstances historiques avaient amené les esprits à ne pas concevoir la liberté de conscience en dehors de l'indépendance de la loi vis-à-vis du mariage canonique.

Les juristes de l'ancien régime, les philosophes du XVIIIe siècle, les hommes de la Révolution, avaient tous plus ou moins lutté pour la séparation absolue de la loi et des actes religieux au nom de la liberté de conscience. Ils avaient lutté contre la prétention de l'Eglise de faire sanctionner par la loi civile telle ou telle prescription religieuse à raison de son caractère obligatoire d'après la religion catholique, parce que ni l'Etat ni l'Eglise ne faisaient alors de distinction entre les catholiques et les non-catholiques, et qu'il paraissait plus facile d'obtenir de l'Etat qu'il ne sanctionnât aucun acte religieux, comme tel, que d'obtenir de lui qu'il dispensât de l'application du droit canonique ceux de ses sujets qui se séparaient du catholicisme ou qui, simplement, ne voulaient pas observer le droit canonique. La sécularisation du mariage n'aurait pas sans doute été réclamée avec autant d'instances par l'élite des penseurs, ni admise et conservée aussi facilement, si le mariage catholique n'avait pas été imposé aussi longtemps à tous les Français sans réserve. Mais il était trop tard pour les catholiques, en 1804, de venir réclamer que la législation canonique du mariage ne s'appliquât qu'à ceux qui le désireraient, mais fût maintenue pour ceux-là : le désir s'était généralisé de séparer absolument la loi et la religion. Etant données les circonstances, il faut se féliciter de ce point de vue, car il est bien probable, en effet, qu'à l'époque, on n'aurait pas su réaliser autrement la vraie liberté, pas plus que l'Espagne n'y

est arrivée complètement, on peut le dire, dans son essai de conciliation entre la tradition et la liberté, puisque reconnaissant deux sortes de mariage, elle *impose* le mariage canonique à tous ceux qui professent la religion catholique (C. civ. esp., 42).

Il faut relever ce fait que la sécularisation du mariage, la séparation de la loi civile et du mariage religieux, semble avoir été exclusivement considérée en 1804 comme le corollaire et la conséquence nécessaire de la liberté des consciences individuelles (v. Fenet, t. IX, p. 141 *in fine*, p. 198); il ne paraît pas que l'on ait songé à mettre en avant la liberté propre et l'indépendance de l'Etat. Cependant si les philosophes et les législateurs de la Révolution s'étaient préoccupés surtout d'assurer la liberté des consciences individuelles, les légistes avaient autrefois défendu la liberté de l'Etat en face de la religion, son droit à ne pas sanctionner ce qui est commandé par la religion. Les légistes affirmaient déjà ce droit de l'Etat à une époque où la France était une nation catholique, et non pas seulement une nation composée d'une majorité de catholiques, et où la question ne se posait qu'au regard des prescriptions d'une religion universellement pratiquée. Leur thèse était alors plus discutable, mais lorsque toutes les religions sont pratiquées dans un Etat, on ne peut pas soutenir que l'Etat ait le devoir de reconnaître un effet à toutes les formes de mariage que ces religions diverses pourraient admettre, car telle ou telle de ces formes pourrait être en contradiction avec la notion que la conscience publique, en général, et la législation traditionnelle se font du mariage, de sorte que sa reconnaissance serait pour la masse et pour l'ordre social établi une cause de trouble. Si donc les consciences individuelles sont libres de suivre le culte qui répond à leurs aspirations et de se plier à la discipline de la religion qui sait leur inspirer une foi, l'Etat, de son côté, est libre de ne pas *sanctionner* l'exercice que les particuliers auraient fait de cette liberté en procédant volontairement à un acte religieux, lorsque la discipline de cet acte lui paraît mauvaise, c'est-à-dire contraire à l'ordre social coutumier. Il y a là une seconde raison de séparation entre la loi et la religion, raison étrangère à la liberté individuelle, qu'il est remarquable de ne pas voir mise en relief dans les travaux préparatoires. — Ni Portalis, dans l'exposé des motifs, ni Boutteville, dans la discussion devant le Corps législatif, n'ont réservé et défendu, comme il convenait, le droit d'appréciation de l'Etat, lorsqu'il sanctionne les actes de la vie des particuliers, droit d'appréciation dont le critérium se trouve dans les mœurs ordinaires, dans la pratique générale traditionnelle. Ce droit d'appréciation de l'Etat conduit cependant, plus directement encore que l'idée de liberté individuelle, à la sécularisation du mariage. Théoriquement, sans doute, l'Etat pourrait, sans aliéner son indépendance, sanctionner le mariage établi par telle ou telle religion qui cadre avec les mœurs nor-

males, et non le mariage établi par telle ou telle autre qui est en opposition avec la tradition sur laquelle repose l'ordre social. Mais dans la pratique cette façon d'agir éveillerait des susceptibilités; l'Etat manifestera mieux sa volonté, à la fois de garder son droit d'appréciation et de respecter les consciences, en formulant sa réglementation d'une manière indépendante, objective : ce qui ne reviendra pas moins au fond à sanctionner les mariages religieux dont la discipline se trouvera en harmonie avec sa réglementation ou dans la mesure où elle se trouvera en harmonie avec sa réglementation.

L'importance de ce fait, que les rédacteurs du Code civil consacrant la sécularisation du mariage ne l'ont pas fondée sur l'indépendance de l'Etat, si ce n'est à titre de conséquence de la liberté de conscience des individus, apparaîtra plus tard. Quoi qu'il en soit, pour le moment, voici donc quelle était, en 1804, la portée de la sécularisation maintenue.

Cette sécularisation d'abord, dans la pensée des rédacteurs du Code, ne portait aucunement atteinte à la conscience des catholiques, elle n'était pas destinée à détourner du mariage religieux. La loi établissait une célébration laïque dont les conditions étaient distinctes, uniquement parce qu'elle voulait que la célébration religieuse fût libre. Et il lui paraissait que cette célébration religieuse eût été moins libre, si elle y avait attaché directement des effets civils. Si la loi exigeait que la célébration laïque ait lieu avant l'accomplissement d'un mariage religieux, c'était pour obvier aux résistances de ceux qui n'auraient pas compris le véritable caractère du mariage civil et qui se seraient soustraits sans raison, par simple esprit d'opposition, à la formalité de la vérification des conditions légales qu'est le mariage civil, même lorsque ces conditions auraient existé. Cette exigence était une disposition de circonstance.

La sécularisation, d'autre part, — réserve faite de la célébration laïque et de la question du divorce, dont je parlerai tout à l'heure, — n'entraînait, en fait, aucun changement dans la réglementation traditionnelle du mariage dont on peut dire que, dans les grandes lignes, les conditions restaient les mêmes qu'au temps de Pothier. Mais, théoriquement, elle impliquait la prévision de modifications indéfinies, et elle atteignait par là à une importance considérable.

La discipline du mariage canonique, que la législation civile avait (les détails mis à part) sanctionné jusqu'à la Révolution, pouvait être considérée (dans les grandes lignes), comme *immuable*. En refusant de sanctionner désormais, directement, le mariage religieux, et en fixant une réglementation légale indépendante, le Code civil comprenait certainement qu'il substituait dans la loi civile, à la discipline du mariage immuable de l'Eglise, une réglementation provisoire, contingente, comme toute réglementation humaine. La discipline du mariage civil pouvait

être, en 1804, si nous oublions le divorce, presque en harmonie avec celle du mariage canonique, mais il n'était point garanti que cet accord relatif durerait. Les lois de l'Eglise et les lois de l'Etat ne sauraient avoir le même caractère, puisque l'Etat et l'Eglise sont deux sociétés dont l'essence, le but, sont profondément différents. Lorsque l'Eglise s'est arrêtée, en matière de mariage, à une réglementation définitive, elle n'a point eu sans doute la prétention que les mœurs s'accorderaient toujours sans difficulté avec cette discipline immuable, ni qu'elles seraient fixées à l'avenir. Mais l'Eglise pouvait déclarer sa législation inébranlable, malgré le va-et-vient probable des mœurs, parce qu'elle possède une force morale qui lui permet d'agir sur les mœurs, et de ramener les mœurs au point où elle voudrait les maintenir, chaque fois qu'elles s'en écartent. A supposer que l'Eglise ne change jamais le droit du mariage, tel qu'il s'est dégagé lentement de l'Evangile et de l'observation des instincts permanents de l'homme, elle pourra garder toujours un contact avec les mœurs, ou du moins s'y essaiera-t-elle, parce que, chaque fois que les mœurs s'éloigneront de son idéal, elle offrira à ses fidèles, pour lutter contre leurs mœurs mauvaises et réformer « la dureté de leurs cœurs », son enseignement moral, l'appui de la foi chrétienne. L'Eglise a les moyens de peser sur les mœurs et d'aider les mœurs. L'Etat, qui ne possède pas ces forces morales, capables de commander et de soutenir en même temps, n'a pas le même titre à prétendre intervenir dans le mouvement des mœurs, et voilà pourquoi sa législation, beaucoup plus que celle d'une confession religieuse quelle qu'elle soit, est appelée à varier avec les mœurs.

La sécularisation du mariage annonce les variations possibles de la loi civile, et c'est par là qu'elle constitue surtout, à mes yeux, un événement grave dans l'histoire moderne de la famille.

Le maintien du divorce par le Code civil proclame une seconde différence essentielle entre le droit nouveau et l'ancien droit. Il achève d'ailleurs de démontrer que la réglementation du mariage a cessé d'être immobile dans le domaine des lois civiles. Sans doute le divorce fut bientôt après supprimé, en 1816, mais le fait de son inscription au Code civil, quoique momentanée, ne demeure pas moins, ensuite, comme le signe d'une ère nouvelle, l'ère des variations possibles.

L'admission du divorce n'avait pas, au surplus, dans le Code civil, la même portée que dans les lois de l'époque révolutionnaire. La Révolution, qui avait pris pour but l'émancipation individuelle, n'avait point admis que le mariage pût créer des liens dont l'un des conjoints ne pût se débarrasser; elle avait rendu le divorce aussi facile que possible, parce qu'elle était arrivée à nier, sous prétexte de liberté individuelle, les liens qui résultent de la solidarité familiale. C'était toute une conception nouvelle du mariage et de la famille, qui avait été substituée à la conception

vécue. Le point de vue du Code civil est tout autre; ses principaux rédacteurs se sont ici particulièrement défendus de vouloir réformer les mœurs ou influer sur elles. Dans la pensée de ses rédacteurs, le Code civil, en consacrant le divorce, ne devait donc pas porter atteinte à la conception ancienne du mariage, mais seulement la préciser.

La discussion à laquelle donna lieu le titre du divorce fut certainement confuse, car les opinions individuelles étaient, en cette matière, très divergentes : tandis que l'indissolubilité absolue de l'union conjugale demeurait l'idéal des uns, les autres étaient prêts à défendre l'idéal de liberté dans le mariage. La pensée qui domine est néanmoins que le législateur n'a pas à juger le divorce, à faire prévaloir son appréciation propre, mais qu'il doit seulement s'en référer aux mœurs, observer les mœurs pour les sanctionner. « Si nous avions affaire à un peuple neuf, avouait Portalis, je n'établirais pas le divorce »; et cependant Portalis reconnaissait la nécessité d'admettre le divorce dans le Code civil (Mémoires de Thibaudeau, p. 436). Treilhard, présentant le projet au Corps législatif, disait : « La question doit recevoir une solution différente, suivant le génie et les mœurs des peuples, l'esprit des siècles et l'influence des idées religieuses sur l'ordre politique » (Fenet, t. IX, p. 469).

Les rédacteurs du Code civil, voulant adapter la législation aux mœurs, constatèrent d'abord qu' « il est des cultes qui autorisent le divorce », et ils en tirèrent cette conclusion : « La loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user » (Fenet, IX, p. 251). Je retrouve ici l'application de cette idée développée, à l'instant, à propos de la sécularisation du mariage, à savoir que le législateur de 1804 s'est beaucoup plus préoccupé de la liberté des consciences individuelles que de sa propre indépendance, jusqu'à méconnaître son droit d'appréciation entre les bonnes et les mauvaises mœurs, lorsqu'il établit une sanction juridique.

Ce droit, je dirais volontiers ce devoir d'appréciation, les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas davantage exercé, lorsqu'ils ont observé la pratique générale. Le mariage leur est apparu, dans les mœurs traditionnelles, comme une union théoriquement indissoluble, mais qui, en fait, était souvent reniée, méconnue, par suite de la mésintelligence des époux ou de leurs désordres. Ils en conclurent que, dans les mœurs traditionnelles elles-mêmes, il fallait distinguer « l'intention de la perpétuité et la perpétuité réelle ». Le mariage, dans les mœurs anciennes, tendait à être perpétuel, il ne l'était pas toujours. Sans rechercher s'il ne convenait pas de lutter contre une déviation des mœurs, *tenue pour mauvaise par la conscience publique,* les rédacteurs du Code se donnèrent pour programme de dégager la formule pratique de cette distinction entre

l'intention de la perpétuité et la perpétuité réelle qu'ils découvraient dans les mœurs vécues (Fenet, IX, p. 496).

La formule dégagée ne répond pas, du reste, toujours très exactement à ce programme. Il faut tenir compte de l'influence des idées individuelles — des tendances de Napoléon — qui, malgré tout, s'exerça plus d'une fois. Cependant, même lorsqu'on s'écarte au fond de la transaction poursuivie entre la conception théorique traditionnelle du mariage et les mœurs nouvelles, moins patientes à souffrir effectivement des liens devenus pénibles, on ne le fait point sans mettre un masque. Nulle part, le désir de ne pas paraître heurter la conception ordinaire du mariage ne se montrait mieux que dans l'article 233 du Code civil. L'article 233 permettait le divorce, en cas de « consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine ». Mais il ajoutait, pour justifier cette disposition, que le consentement mutuel « prouvera suffisamment que la vie commune est insupportable (aux époux) et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce ». Ainsi, les rédacteurs du Code civil, en prononçant le divorce par consentement mutuel, prétendaient ne pas sanctionner la simple volonté des époux de sortir des liens du mariage, mais fonder encore le divorce sur une cause indépendante et déterminée, seulement cette cause n'avait plus besoin d'être prouvée, elle était présumée à la suite du consentement mutuel. Le Code civil se défendait par là de nier « l'intention de la perpétuité » dans le mariage. Le raisonnement était sophistique, l'article 233 pouvait conduire à consacrer des ruptures capricieuses. Peu importe, si l'on veut dégager la conception respective du mariage et du divorce qui ressortait en 1804 du Code civil, il faut tenir compte de ces restrictions, fussent-elles purement verbales : elles ont leur valeur au regard de l'opinion publique.

Je poursuis l'énumération des réformes consacrées en 1804. En troisième lieu, le Code civil rompait avec l'ancien droit sur la question du droit d'aînesse, de l'inégalité des fils et des filles dans le partage. Au premier abord, cela paraît impliquer qu'il n'attache plus la même importance que les légistes antérieurs au maintien de la situation sociale de la famille : il préfère l'égalité des enfants. L'intérêt des individus l'emporte, semble-t-il, sur l'intérêt de l'unité sociale de la famille : innovation très grave par le changement d'orientation qu'elle peut amener. Certes, les privilèges de l'aîné garantissaient que l'un des membres de la famille, qui servirait d'appui à tous les autres, maintiendrait le rang, la situation sociale de la famille ; on n'y prit point garde, puisque ce privilège diminuait, en quelque sorte, l'individualité des autres enfants (V. not. Fenet, XII, p. 181). Cependant, au fond, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, je crois que la suppression de toute inégalité entre l'aîné et les

puînés était moins inspirée par le respect dû à l'individualité des puînés que par le désir de niveler les fortunes, les situations, et d'empêcher le retour d'une féodalité foncière. L'égalité des enfants est beaucoup un prétexte ; la loi ne voudrait pas non plus toucher à l'unité de la famille : elle vise à réduire à un certain niveau le rang qu'une famille peut atteindre, pour consacrer le caractère démocratique de la Nation. Mais je ne m'arrêterai pas davantage sur ce point, car la réforme particulière dont les partages furent l'objet, intéressant le régime de la propriété autant que l'organisation de la famille, m'entraînerait hors des cadres de ce travail.

En quatrième lieu, le Code civil, opérant une transaction entre les dispositions de l'ancien droit et celles du droit intermédiaire, reconnaissait aux enfants naturels un certain droit de succession. Toutefois, ce droit de succession atténuait à peine une réaction très complète. Le Code civil attribuait bien à l'enfant naturel des droits pécuniaires plus considérables à l'encontre de ses parents, mais il renonçait à le relever de son infériorité sociale que la Révolution avait prétendu effacer. L'enfant naturel, d'après le Code civil, comme dans l'ancien droit, est isolé, exclu de la famille ; il n'est pas rattaché par des liens de famille à son père, à sa mère. S'il obtient un droit de succession, les rédacteurs du Code civil ont bien soin de préciser et d'inscrire dans le Code, pour éviter toute méprise, que ce n'est pas à titre d'héritier. De sorte que cette concession d'un droit dans l'hérédité souligne encore, grâce aux termes employés, le fait que l'enfant naturel n'est pas en communauté de famille avec ses parents (1). Et les termes ici sont peut-être ce qu'il y a de plus important, la question d'étiquette est la question essentielle. L'enfant naturel avait obtenu de la Révolution une réhabilitation morale et sociale ; le Code civil lui donne un peu d'argent, mais lui refuse ce dont il avait le plus besoin — la considération. Et même le Code, dans l'article 337, reprend à l'enfant naturel l'argent qu'il lui avait d'abord promis, lorsque des enfants légitimes sont en cause, et que la reconnaissance de l'enfant naturel est postérieure au mariage de son auteur avec un étranger. Cette disposition dépasse en sévérité l'ancien droit, car, d'après ses termes absolus, elle prive l'enfant naturel, en conflit avec l'enfant légitime dans l'hypothèse prévue, de toute ressource, et jusque de l'appui alimentaire de ses parents ! Les rédacteurs du Code civil ont voulu encore accentuer par là l'isolement de l'enfant naturel, et témoigner de nouveau qu'ils le considéraient comme un intrus, dont les prétentions méritent d'être rejetées, dès qu'elles entrent en conflit, par surprise, avec les droits supérieurs de la famille légitime. Le tribun Siméon avouait, devant le corps législatif,

(1) Toutefois le Code civil établissait des rapports de puissance paternelle entre le père et l'enfant naturel non légitimé (art. 383).



que l'enfant naturel placé en face de la famille légitime est un « créancier odieux » (Fenet, XII, p. 231). Tant pis pour les enfants naturels qui en souffriront, mais la morale et l'intérêt social, liés à la cohésion des familles, recommandent de réserver ostensiblement toutes les faveurs pour la famille légitime, fondée sur l'union perpétuelle et solidaire de l'homme et de la femme, et de ne pas taire la honte des naissances qui sont le fruit d'une union passagère : voilà tout l'esprit du Code civil, tel qu'il ressort des textes et des travaux préparatoires.

Le Code civil — c'est le dernier trait caractéristique que je veuille relever — achève d'accabler l'enfant naturel en s'appropriant, d'autre part, mieux que cela, en aggravant, la dureté des dispositions du droit de la Révolution sur la preuve de la filiation naturelle. Le Code civil ne fait plus allusion à la possibilité d'une preuve par la possession d'état, mais il condamne, en principe, la recherche de la paternité naturelle. Le tribun Siméon qualifiait l'enfant naturel de créancier odieux ; Bigot-Préameneu dira de même de cette recherche, qu'elle était une « recherche odieuse » (Fenet, X, p. 154). Odieuse : pourquoi donc ? Parce que la difficulté d'une présomption certaine permettait d'égarer facilement la justice, parce que l'incertitude de la paternité donnait « aux femmes impudentes » « l'inconcevable hardiesse de prétendre s'introduire dans les familles les plus distinguées, et surtout les plus opulentes ! » (Fenet, X, p. 198). Ainsi, le Code civil repousse la recherche de la paternité, ne voulant pas que le repos des familles légitimes, beaucoup plus digne de considération que l'intérêt d'un enfant naturel, puisse être troublé sous le prétexte téméraire de vagues relations. Faut-il ajouter qu'il espérait diminuer par là, chez certaines femmes, l'esprit de séduction ?

En somme, ici, le Code civil renchérit sur la distinction ancienne entre la filiation légitime et la filiation naturelle, et, s'il admet quelques réformes de la Révolution — le divorce, la suppression de l'inégalité entre les enfants — qui tendraient à diminuer la solidarité de la famille légitime, qui sembleraient annoncer une moindre préoccupation du rôle social de la famille et de l'utilité du maintien de la situation sociale acquise par un groupe familial, ses rédacteurs s'efforcent plutôt, dans les motifs qu'ils exposent et dans la formule du texte, de pallier une telle impression.

Par ailleurs, le Code de 1804 maintient la plupart des conséquences traditionnelles de la conception ancienne de la famille, soit quant à la façon d'organiser l'autorité maritale, soit quant à l'étendue de la puissance paternelle. Il est vrai qu'il n'est pas très exact de parler d'une conception ancienne de la famille à propos des rapports pécuniaires des époux ou des rapports des parents avec leurs enfants, puisque le droit écrit et les coutumes contenaient ici des réglementations très différentes. Le Code de 1804 a rendu définitif le triomphe du point de vue et de

l'organisation coutumiers. Mais il ne faudrait point exagérer l'importance, au regard du développement ultérieur des mœurs, de l'unité établie en donnant la prépondérance au droit coutumier. Les mœurs de la France étaient déjà beaucoup plus unifiées qu'on ne pourrait le croire en s'en tenant au texte ou à l'esprit des dispositions de chaque droit régional. Le droit coutumier qui prévaut en 1804 est un droit imprégné d'influences romaines, et le droit écrit, condamné en 1804, est un droit dont l'application avait évolué au contact du droit coutumier. Les tendances générales des mœurs étaient à peu près partout les mêmes. Au surplus, nous pouvons d'autant mieux dire que le Code civil, en consacrant la communauté conjugale comme régime de droit commun et l'autorité paternelle coutumière, consacrait la conception générale ancienne de la famille et opérait une réaction, qu'il ne tient pas compte, en général, des progrès des mœurs ou de la pratique coutumières favorables à l'extension du rôle de la femme dans la famille ou au développement de l'individualité des enfants, dont l'évolution dans l'ancien droit coutumier n'apparaissait pas achevée, définitive, et dont la reconnaissance eût marqué une innovation plus considérable par rapport au droit écrit.

J'ai pu dire que la famille ancienne, si elle tendait à concilier l'unité du groupe avec l'individualité de ses membres, faisait prévaloir, néanmoins, le point de vue unitaire et reposait sur le principe d'autorité. Ce point de vue se traduisait, dans le droit écrit comme dans le droit coutumier, par une absence d'association entre le mari et la femme quant à l'administration de la fortune du ménage (dot ou communauté) et quant à l'exercice de la puissance paternelle. Le mouvement des mœurs avait déjà tendu, au cours de notre ancien droit, à développer, dans leurs rapports avec le chef, l'individualité des membres de la famille, mais la pratique coutumière marchait sur ce point à l'avant et le Code civil n'a pas tenu compte précisément de ses progrès en voie d'élaboration.

Par exemple, si le principe coutumier de l'autorité maritale excluant la femme de toute participation à l'administration de la communauté est demeuré, jusqu'à la fin, un principe incontesté, sous prétexte qu'il faut à la famille, unité sociale, une direction unique, néanmoins, il semble que la pratique a toujours laissé à la femme une certaine part de collaboration avec le mari, collaboration de fait d'abord, qui a peu à peu revêtu un caractère juridique et dont l'étendue a été grandissant. Tandis que le droit coutumier déclarait le mari chef unique de la communauté, les mœurs attribuaient à la femme un rôle dans les dépenses journalières du ménage. Et Dumoulin, semble-t-il, donnait à ces mœurs, à cette tentative d'association dans la gestion même, une sanction juridique, en imaginant la théorie d'un mandat présumé. Le Code civil s'est abstenu de consacrer ce mouvement des mœurs et de la jurisprudence, maintenant

la conception dominante qui écartait toute collaboration active entre le mari et la femme, tout partage d'autorité.

Le Code de 1804 agit de même en matière d'autorité paternelle. Il consacre les principes essentiels du droit coutumier, en vertu desquels l'autorité paternelle était exercée par le père seul, dans l'intérêt de l'enfant, principes dont les pays de droit écrit s'étaient eux-mêmes singulièrement rapprochés. Il répudie, d'autre part, nettement, l'idée de la Révolution, tendant à établir le contrôle d'un tribunal de famille. De là résulte que la mère n'est point appelée à partager, avec le père, la puissance paternelle (1). Les rédacteurs du Code se défendirent bien d'écarter la mère, mais ils ne l'admettaient expressément à intervenir que dans le cas d'un projet de mariage ou à défaut du père (Fenet, X, p. 527). Les mœurs coutumières, cependant, étaient déjà plus favorables à la mère, quoique Pothier ne lui reconnût d'autorité sur ses enfants « si ce n'est du consentement et sous le bon plaisir de son mari ». De là résulte encore que la loi s'en rapporte au père pour exercer comme il convient, dans l'intérêt de l'enfant, la puissance paternelle ; elle n'établit à l'avance aucune limite (sauf pour ce qui regarde le droit de correction), elle ne prévoit aucun abus. Cependant, la jurisprudence des Parlements était intervenue déjà pour réprimer des abus, pour fixer des limites. Le Code civil, soit qu'il ait subi l'influence du droit écrit, soit parce que la jurisprudence n'avait pas eu le temps de donner à ses arrêts des contours précis, a, ici encore, négligé d'aller de l'avant.

Et alors, quand l'on se reporte en 1804, et que l'on cherche à comprendre le caractère de la réglementation de la famille élaborée par le Code civil, et par conséquent l'importance et le mérite de la promulgation du Code en cette matière, l'impression d'ensemble que l'on éprouve est celle-ci : à l'opposé du droit de la Révolution qui désirait réformer la famille suivant son idéal et qui valait ce que pouvaient les réformes essayées, le Code civil renonce en général, en 1804, à imposer aux mœurs des changements graves; il ne retient des tentatives de la Révolution que peu de dispositions comme « le grand bienfait de la sécularisation du droit » (Glasson), l'égalité entre les enfants; il n'entreprend même pas d'accélérer les mœurs, d'aider ou devancer la jurisprudence et la doctrine dans leur œuvre d'élaboration progressive du droit; sa tâche se borne d'ordinaire, son mérite essentiel consiste, à unifier et à mettre en plein relief, dans une formule nette et concise, les règles certaines de l'ancien droit, les pratiques définitivement constituées. Le Code civil, se contentant de consacrer quelques réformes de la Révolution répondant aux idées qui semblaient avoir triomphé davantage dans la conscience

(1) V. toutefois la disposition de l'article 303 en matière de divorce.



publique, a donné à notre droit traditionnel, en l'unifiant, une certitude et un rayonnement qu'il n'avait pas encore reçus. Voilà, en notre matière, l'impression finale qui ressort de l'examen du Code lui-même.

II

Le Code, tel qu'il est, a-t-il par la suite exercé une influence sensible sur les mœurs dans le domaine de la famille? Il me reste, à l'aide de faciles allusions, à montrer que cette influence a été limitée. Les réformes révolutionnaires maintenues n'ont pas toutes été admises par les mœurs, et la cristallisation du droit antérieur opérée n'a pas arrêté le mouvement en faveur d'une individualité plus accusée des membres de la famille.

On a cependant parfois attribué à la sécularisation du mariage une influence exagérée en mettant à son compte le développement des unions libres.

La sécularisation a produit un heureux résultat, la pacification religieuse dans le domaine du mariage. Avant la Révolution les mœurs n'étaient pas moins intolérantes que le droit à l'égard des mariages non catholiques; depuis lors, elles se sont habituées, grâce à la fermeté de la loi, à la célébration du mariage civil, de sorte que la célébration religieuse devant l'une ou l'autre Eglise est apparue, de plus en plus, comme un acte de la foi individuelle, toujours également respectable.

La sécularisation a d'ailleurs facilité la reconnaissance par les mœurs de tous les mariages religieux, plutôt qu'elle n'a détourné d'une célébration religieuse. La meilleure preuve en est qu'il demeure très rare, en fait, que la célébration laïque ne soit pas accompagnée d'un mariage religieux : généralement ceux qui jugent inutile l'acte religieux se dispensent aussi de la célébration laïque. En somme, les mœurs ont consacré le caractère sous lequel le mariage civil nous apparaissait dans les travaux préparatoires, elles l'ont accepté à titre de vérification des conditions légales du mariage avant la conclusion de l'acte religieux qui doit demeurer libre.

Pourtant, depuis la nouvelle loi sur le divorce, qui a reçu de nombreuses applications, les conditions légales du mariage se trouvent être moins sévères que la discipline canonique, et cette différence d'attitude est de nature à faire paraître lourde à certains la discipline religieuse : les mariages purement laïques sont alors devenus plus nombreux. Mais ce fait tient à l'admission du divorce, autant qu'à la sécularisation du mariage. Je ne nie point pour cela qu'il ne se rattache un peu à la sécularisation, puisque seule la sécularisation a rendu possible l'atténuation, au point de vue légal, des liens du mariage pour tous les sujets. Il serait faux d'aller au delà et de prétendre, comme on l'a parfois affirmé, que la

sécularisation a provoqué dans les mœurs, à un degré quelconque, le divorce, puis la pratique de l'union libre.

Elle aurait fait naître d'abord l'idée du divorce, puisqu'elle aurait suggéré l'idée que le mariage est, après tout, un simple contrat et que cette notion conduit logiquement au divorce. La sécularisation aurait fait comprendre que le mariage est au fond purement l'œuvre de la volonté des époux et que, dès lors, il ne peut lier qu'autant que la volonté des conjoints persiste. Ainsi les esprits auraient été amenés à réclamer la possibilité de la dissolution du mariage, puis peu à peu à concevoir que le mariage est une union qui devrait logiquement être provisoire comme la volonté humaine, qui devrait demeurer libre, car la volonté contrainte ne doit plus produire d'effets. La vérité est tout autre. Les partisans du divorce et ceux de l'union libre ont, après coup, tiré argument de la sécularisation du mariage, argument sans valeur du reste, mais c'est là, dans tous les cas, un argument théorique, qui n'a eu aucune influence sur les faits. D'abord, je le répète, la masse n'a jamais cessé de considérer le mariage comme un acte religieux, comme un acte relevant à la fois de la religion et de la loi civile, parce qu'il a une portée morale et sociale. Puis, l'idée que le mariage contrat civil serait par nature soumis aux fluctuations de la volonté est une idée de dilettante et de sophiste, et la masse, tout au contraire, n'ignore pas que contrat est synonyme de contrainte et de responsabilité. Car l'homme ne serait pas vraiment un être libre s'il ne pouvait pas engager sa liberté, s'il lui était loisible de reprendre la volonté qu'il a, non seulement exprimée, mais réalisée en faits irrévocables, en acceptant l'état de mariage.

Si le divorce, si la pratique de l'union libre, se sont malheureusement répandus dans ces dernières années, les principes du Code civil sont étrangers à ce mouvement. D'ailleurs le divorce fut inscrit au Code civil de 1804 à 1816, et il ne reçut alors qu'une application très restreinte. Lorsque la loi l'a essayé sous la Révolution, elle n'a pas réussi à imposer l'idée du divorce, et lorsque le Code de 1804 a maintenu avec des atténuations le divorce, qu'il croyait moins éloigné des mœurs après la législation révolutionnaire, les mœurs sont demeurées indifférentes ou hostiles. Cela est si vrai qu'aucun des promoteurs de sa suppression, sous la Restauration, ne s'est appuyé sur ses mauvais effets et n'a prétendu qu'il ait exercé une influence quelconque. Le divorce avait surtout servi, à l'époque de la Révolution, l'intérêt ou le caprice de cette partie de la population qui escomptait l'abolition de toute règle ; il n'avait pas pénétré la meilleure partie de la nation ; l'exemple passé était même plutôt de nature à le rendre odieux (Olivier Martin, *op. cit.*). La promulgation du Code ne changea rien à cet état de choses et n'empêcha pas qu'il demeurât une institution étrangère aux mœurs générales.

Il a fallu des causes nouvelles pour que la loi de 1884, moins large cependant que l'ancien texte du Code civil, pénétrât très vite, au contraire, dans tous les milieux et donnât ouverture à l'application la plus abusive. Le besoin d'autorité, qui, dans le cours de notre ancien droit, avait influencé la constitution de la famille, a peu à peu fait place à un besoin de plus en plus grand de liberté, d'individualisme. C'est cette impatience d'émancipation, c'est ce désir de liberté qui, en gagnant de proche en proche, a fait paraître plus lourds les liens du mariage, et, masquant les instincts auxquels la solidarité familiale donne satisfaction, a laissé seulement visibles les sacrifices qu'elle impose. L'aspiration à un développement plus libre de son individualité, si légitime en soi, peut malheureusement verser dans l'égoïsme, et c'est l'égoïsme individuel qui, en devenant l'un des facteurs prédominants des mœurs, a provoqué l'usage du divorce et plus spécialement dans les milieux ouvriers la pratique de l'union libre. Mais le Code civil n'a, en dehors de ce que je dirai tout à l'heure de la règle du partage égal, aucunement préparé et dirigé cette tendance nouvelle des mœurs; car, le divorce aboli, loin d'introduire dans la constitution de la famille l'idée égoïste, ou même loin de chercher à donner plus d'importance à l'individualité des membres de la famille, il a, en général, consacré les règles les plus favorables à la solidarité et à l'autorité familiales. Si on voulait à toute force lui attribuer ici une influence, il faudrait admettre une influence à rebours, il faudrait dire que le caractère suranné de la physionomie du mariage et de la famille dans le Code civil a provoqué une réaction et, par l'hostilité qu'il a soulevée, a jeté les mœurs dans l'excès opposé. Or cette influence à rebours, elle-même, n'a pas pu exister.

Elle n'a pas pu exister parce que le texte du Code civil a très peu gêné le développement des mœurs. Je ne parle plus de la conception du mariage indissoluble, puisque la loi de 1884 est intervenue. Mais, notamment, l'individualité de la femme mariée n'a pas cessé de se développer dans les mœurs, bien que le Code civil ait gardé intacte la conception ancienne de l'autorité maritale et de l'incapacité de l'épouse, ou plutôt bien qu'il ait conservé en les fusionnant l'idée coutumière de puissance maritale et l'idée romaine d'infériorité de la femme, et bien qu'il ait adopté comme régime matrimonial de droit commun la communauté coutumière, régime qui fait participer éventuellement la femme aux résultats de la gestion du mari, mais qui ne l'associe point elle-même à l'administration des patrimoines rapprochés.

Voici quelques faits dénonciateurs qui doivent être rappelés. La jurisprudence n'a pas seulement accueilli l'idée de mandat présumé autorisant la femme à procéder seule aux dépenses journalières; elle a appliqué cette idée dans plusieurs circonstances d'une manière telle qu'elle équivaut

presque à la reconnaissance au profit de la femme, malgré le silence du Code, d'un pouvoir propre d'intervention. Ainsi, la jurisprudence, pour déterminer l'étendue de ce soi-disant mandat présumé, ne se préoccupe guère des habitudes, des goûts, des intentions du mari; elle envisage plutôt la situation sociale du ménage. Ainsi la jurisprudence maintient l'existence du mandat au profit de la femme, lorsque le mari abandonne la maison conjugale et témoigne par son éloignement même de sa volonté de méconnaître toutes ses obligations; elle maintient encore contre l'évidence le prétendu mandat, lorsque le mari le dénie expressément, dès lors qu'il ne pourvoit pas lui-même autrement aux dépenses nécessaires à l'entretien de la femme et du ménage (1). Le développement d'une telle jurisprudence a correspondu, à n'en pas douter, au mouvement des mœurs attribuant de plus en plus à la femme la mission propre de régler les dépenses journalières; la jurisprudence ne devance guère, elle suit les indications de la pratique, — surtout lorsque la loi est muette.

La femme, après avoir en quelque sorte conquis le droit de diriger à côté du mari le train quotidien de la maison, s'est aussi, dans une certaine mesure et dans certains milieux, arrogé le droit de toucher concurremment avec le mari les revenus qui alimentent les dépenses journalières. En pratique, la femme ouvrière, dont le salaire fait vivre à lui seul ou en partie le ménage, touche ce salaire sans l'intervention du mari; dans certains centres industriels, elle touche directement le salaire du mari. Si elle doit procéder à la dépense, n'est-il pas naturel qu'elle tienne la caisse des recettes correspondantes? Certes, le mari, d'après le Code civil, pourrait s'opposer à cette ingérence de la femme, et rien ne prouve mieux que l'habitude prise dans la plupart des usines la vérité de cette affirmation, que les rapports des époux s'organisent suivant les mœurs, et non pas selon les prévisions de la loi. La loi, les époux l'ignorent, et tant qu'ils sont d'accord ses dispositions leur sont indifférentes; la loi est une entité abstraite et les rapports des époux dépendent nécessairement du caractère de chacun. Dès le temps de Molière, il y avait des maris qui se laissaient mener par leur femme. Mais depuis Molière il me paraît incontestable que l'individualité des femmes en général a grandi. Elle a grandi parce qu'un souffle d'égalité et d'indépendance s'est fait sentir qui, pendant la Révolution, a remué la conscience publique; elle a grandi, ne serait-ce qu'à la suite de l'égalité établie entre les fils et les filles dans le partage. Si la personnalité individuelle de la femme a progressé, comment cela n'aurait-il pas influé sur les rapports des époux, comment cela n'aurait-il pas entraîné une certaine régression de la prédominance du mari

(1) Sur tous ces points, voir la thèse de M. Pierre Binet, avec préface de M. Gény, *La femme dans le ménage* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904).

au profit d'une collaboration, d'un partage d'autorité entre le mari et la femme ? Cette fois, c'est seulement dans les mœurs que le rôle de la femme, au regard de l'administration du patrimoine commun, s'est accru. L'organisation de la loi civile ne correspond plus à la réalité, parce que la réalité est en majeure partie indépendante de l'organisation du droit civil. La loi n'est appelée à intervenir qu'en cas de conflit, lorsque les époux n'arrivent pas à combiner eux-mêmes leur vie suivant le caractère qu'ont fait à chacun son propre tempérament et aussi les mœurs de l'époque.

Je ne peux pas citer tous les faits. Il faudrait montrer la femme, caissière des fonds courants, intervenant dans le placement des économies faites par elle sur les dépenses journalières, à ce point qu'elle obtient de la loi la consécration de ce droit d'épargne. Il faudrait montrer le mari et la femme faisant servir la communauté, grâce à la complicité de la jurisprudence ou de la loi nouvelle, à la défense de certains intérêts propres, s'assurant contre le prédécès de l'un d'eux, faisant des versements à la Caisse des retraites. Il faudrait montrer la femme s'immisçant même dans la gestion du patrimoine du mari en utilisant à cet effet l'hypothèque légale que le Code civil lui avait accordée dans un tout autre but. Curieuse interversion que celle-ci, qui amène la femme, consciente d'avoir acquis par le développement de son individualité le droit de collaborer avec le mari, à se servir, pour réaliser ses prétentions à une association effective, de l'institution même qui, dans le Code civil, sanctionnait et consacrait son infériorité et son éloignement de l'administration de la fortune du ménage ! La jurisprudence a eu la meilleure part dans cette œuvre de la transformation du régime de communauté, régime d'unité d'administration, en un régime de collaboration, de gestion commune. Mais il serait absolument faux, je le répète, de faire du texte du Code le point de départ de ce progrès, car l'interprétation jurisprudentielle a été dominée moins par le texte que par les mœurs, elle a été le produit, non pas le facteur, des mœurs.

La situation de la mère a subi une évolution analogue à celle de l'épouse, sans que l'on puisse en faire remonter la cause au Code civil, qui avait résumé les principes essentiels du droit coutumier. L'individualité de l'épouse s'étant développée, la mère ne se contente plus aujourd'hui du rôle effacé que lui attribuent les textes ; elle ne se contente plus de participer à l'autorité paternelle du consentement du mari ; elle affirme d'une façon plus nette sa volonté de partager l'autorité. Certainement la législation allemande (§ 1634 B. G. B.), qui admet la puissance concurrente du père et de la mère, un contrôle effectif du père par la mère, est davantage que la nôtre en harmonie avec les mœurs contemporaines.

Ce n'est pas non plus dans le Code civil, ce serait plutôt dans la

jurisprudence des anciens Parlements, c'est surtout dans ce mouvement en faveur de l'individualité plus grande des enfants, qu'il faut chercher l'origine des lois protectrices de l'enfance et destinées à réprimer les abus d'autorité.

Toutefois, je dois ajouter, pour être exact, que le Code civil me paraît avoir exercé indirectement une influence notable sur les mœurs en ce qui concerne les rapports des parents et des enfants. La règle du partage égal entre les enfants, que j'ai présentée comme l'une des réformes caractéristiques du Code, avait été dictée par des préoccupations politiques et économiques; elle avait pour but d'amener la division de la propriété, sa répartition dans la masse de la nation ; ici, je ne puis constater qu'une chose, c'est qu'elle a en outre singulièrement favorisé l'émancipation, l'individualité des enfants. Ce n'était pas au fond le but cherché, c'est peut-être le but qui a été le plus complètement atteint. Les mœurs ont accepté l'idée de partage égal ; la loi avait pris d'ailleurs ses précautions pour vaincre les résistances ; mais l'égalité entre les enfants répondait surtout au vœu de l'affection des parents, et la conscience publique depuis la Révolution lui était favorable. Déjà ce principe d'égalité grandissait l'individualité de chaque enfant, témoignait que l'intérêt de chaque enfant ne devait pas être sacrifié à la préoccupation de la situation sociale du groupe qui eût été mieux assurée ou développée si l'on avait concentré toutes les ressources de la famille au profit de l'aîné. Ce qui acheva beaucoup plus de grandir la personnalité de l'enfant, c'est que les mœurs, après avoir accepté l'idée de partage égal, revinrent bientôt à la préoccupation de la situation sociale de la famille et trouvèrent ce moyen de conciliation : l'enfant unique, la famille peu nombreuse. Les réformes de la Révolution, les modifications apportées par le Code civil au droit des successions, n'ont pas complètement réussi à enlever à la famille légitime un certain esprit aristocratique, un esprit de race ; et comment en serait-il autrement, puisque la famille légitime repose sur la compréhension de la solidarité de la race ? Seulement, si elles n'ont pas été la cause unique de la dépopulation, elles ont au moins coopéré à la diminution du nombre des enfants, et cette diminution, en exagérant l'importance de l'enfant dans la famille, a développé chez lui la conscience de son individualité, en même temps qu'elle a amolli trop souvent l'autorité paternelle.

Il serait intéressant, si je ne devais abréger, de laisser entrevoir les très graves conséquences sociales qu'a entraînées par contre-coup cette sorte d'émancipation de l'enfant dans les familles peu nombreuses, émancipation bientôt propagée dans les mœurs générales. On peut faire remonter en partie jusqu'à elle le mouvement qui a fait de l'épouse et de la mère une associée du mari et du père dans la gestion et la direction mêmes du ménage et des enfants. On pourrait surtout constater que cet esprit

d'indépendance, ou plutôt que cette conscience plus grande de l'individualité personnelle, par un retour curieux, est destinée à contrarier, et qu'elle a déjà contrarié, l'esprit de solidarité de la famille légitime. Elle a déjà abouti à rendre la famille contemporaine plus instable et ses effets n'ont pas achevé de se faire sentir. Elle a plus fait pour cela, je crois, que le divorce et que le mouvement des mœurs contre les liens pesants du mariage, sans omettre de dire qu'elle a elle-même influencé ce mouvement. Car l'instabilité relative de la famille contemporaine provient moins du divorce que de l'égoïsme des époux, qui ne comprennent pas assez tous leurs devoirs envers leur race, et qui limitent toutes leurs préoccupations de famille, sinon à eux-mêmes, du moins au cercle le plus restreint possible.

Quoi qu'il en soit, la règle du partage égal me paraît avoir moins combattu en fait l'*esprit aristocratique*, qui, au sens d'esprit d'isolement du groupe et de domination par le groupe, est la mauvaise manière de concevoir l'esprit de la famille, qu'elle n'a diminué l'*esprit de solidarité*, qui devrait être le véritable esprit de la famille légitime, et qui est fait de sentiments de reconnaissance, de dévouement et d'expansion. Voilà peut-être, en partie, l'une des causes pour lesquelles l'union libre se développe dans les milieux ouvriers, étrangers à ce faux esprit aristocratique.

Le développement des mœurs au sujet de la famille naturelle n'a, de son côté, ni complètement échappé à l'influence du Code civil, ni entièrement subi la contrainte de son texte et de ses tendances.

Le Code civil, malgré quelques atténuations résultant de la reconnaissance d'un droit de succession, d'un lien de puissance paternelle, n'avait pas admis l'idée d'une famille naturelle ; il ne considérait pas qu'un cercle de famille quelconque pût être formé par une naissance illégitime. Les mœurs ont bientôt après protesté contre cette réaction excessive ; elles ont été de bonne heure choquées par la formule du texte, qui refuse de considérer l'enfant naturel comme un héritier.

Certes, le législateur de l'an II avait dépassé la mesure, en assimilant l'enfant naturel et l'enfant légitime. Entre les deux, il existera toujours cette différence irréductible, que l'un est né dans un milieu de famille préparé pour le recevoir et dont la solidarité a été, si je puis ainsi dire, nouée en prévision de sa venue, tandis que l'autre naît de parents qui n'ont point songé à cimenter entre eux une union qui pût lui servir d'asile et d'appui. L'enfant naturel ne pourra jamais emprunter à ses parents autant de considération que l'enfant légitime, puisqu'ils se sont livrés à un amour égoïste que la morale sociale doit blâmer, et puisqu'ils n'ont pas associé leur situation personnelle. La loi serait impuissante à éviter que la considération dont jouissent les individus ne soit pour beaucoup une considération d'emprunt, et il est évident que l'enfant légitime verra toujours rejaillir sur lui plus de considération du fait de ses parents que

l'enfant naturel, puisque ses parents ont contracté un mariage qui honore, par l'élévation des sentiments et la solidarité qu'il implique, et puisqu'ils ont accru leur situation sociale unifiée, en se communiquant l'un à l'autre le bénéfice de leur situation personnelle. La loi ne pourrait mettre sur un pied d'égalité l'enfant naturel et l'enfant légitime qu'en détruisant les effets de la famille légitime. Mais du moins l'opinion publique dominante n'a pas compris que la loi ne fît pas tous ses efforts pour accorder à l'enfant naturel, autant qu'elle peut, les avantages d'une famille, du moment qu'elle laisse intacte par ailleurs la famille légitime.

Je trouve dans ce fait que l'usage a conservé à l'enfant reconnu le nom du père, la preuve de ce que les mœurs ont accueilli avec faveur le droit de succession accordé à l'enfant naturel et en ont conclu, contrairement à l'esprit du Code civil, à l'existence d'un lien de famille entre l'enfant et les parents naturels. Au temps de Pothier, l'enfant naturel ne pouvait porter le nom du père qu'autant qu'il avait été au moins légitimé par lettres du prince. Sans doute, dans la mesure où il est possible de vérifier, l'habitude d'attribuer à l'enfant naturel le nom de son père, dès qu'il était connu, s'est généralisée sous la Révolution ; le fait que l'usage constitué a persisté dans la pratique, après le Code civil, n'est pas moins le signe caractéristique que la réaction contre l'idée de famille naturelle n'a pas arrêté le mouvement des mœurs. Les mœurs n'ont pas davantage entièrement souscrit à l'esprit excessif de l'article 337, car elles ne se sont point préoccupées de savoir si la reconnaissance par le père intervenait au cours d'un mariage contracté avec une étrangère, pour donner à l'enfant le nom du père.

Je me borne à cette allusion, sans insister davantage sur les développements — lents et incertains — de la pratique, ni sur les réformes connues de la législation, grâce auxquels il y a aujourd'hui, non seulement une parenté naturelle, mais une vraie famille naturelle, à côté et au-dessous de la famille légitime. Mais j'ajouterai aussitôt que ce mouvement des mœurs, contraire à l'esprit du Code civil, a bien pu être influencé indirectement, et hors de toutes les prévisions, par les dispositions accessoires du Code relatives à la preuve de la filiation naturelle. Les mœurs ont été plus facilement amenées à constituer entre l'enfant naturel et son père ou sa mère une famille, quoique une famille d'ordre inférieur, puisque, vis-à-vis du père au moins, la preuve de la filiation naturelle ne peut résulter, en principe, que d'une reconnaissance volontaire. L'opinion dirigeante n'aurait point peut-être écouté aussi volontiers les suggestions du roman et du théâtre en faveur de l'enfant naturel, si ceux qui contribuent à la former n'avaient pas eu conscience qu'ils ne risquaient rien et qu'ils n'avaient pas à craindre de se voir imposer, malgré eux, des devoirs désagréables. A ce point de vue, l'interdiction de la recherche de la paternité

aurait produit un heureux résultat au point de vue social, car je considère l'idée de famille naturelle comme une réaction très légitime contre l'égoïsme des parents.

Cette interdiction, qui a eu ce contre-coup inattendu, a-t-elle d'autre part exercé l'influence sociale qu'en attendaient les rédacteurs du Code civil, et conduit à une diminution des naissances naturelles? Non, elle a sur ce point manqué complètement son effet. L'illusion des rédacteurs du Code de 1804 était d'ailleurs ici manifeste. L'interdiction de l'article 340, en promettant à l'homme l'irresponsabilité, le livre entièrement à la passion, l'engage à ne plus se défendre contre la séduction, tandis qu'elle ne protège guère la femme contre l'entraînement, car la crainte d'une responsabilité exclusive n'est pas de nature à arrêter une femme qui, dans tous les cas, est exposée à supporter les conséquences de sa faute. Est-ce à dire que je vais attribuer à l'article 340 un résultat opposé à celui qui avait été prévu, et mettre sur son compte l'accroissement des naissances naturelles? Non, l'augmentation du nombre des naissances illégitimes tient au mouvement industriel, aux conditions de la vie économique moderne, en même temps qu'à l'affaiblissement de l'esprit religieux. Il faut surtout accuser la présence de la femme à l'usine et la pratique de l'union libre.

Il faut d'autant moins reprocher à l'article 340 le nombre des naissances illégitimes qu'une jurisprudence s'est constituée de bonne heure, qui rétablit sous une autre forme la responsabilité de l'homme. Nos mœurs étaient trop pénétrées de cette idée que les devoirs de la paternité sont des devoirs juridiques, et non pas seulement des devoirs moraux, pour accepter la solution du Code civil, qui aboutissait à abandonner à la conscience du père l'accomplissement de son devoir. L'opinion publique n'a pas admis que le Code ait pu répudier la maxime autrefois recueillie par Loysel : « Qui fait l'enfant doit le nourrir ». Je ne puis pas retracer l'historique de cette jurisprudence, qui, sous la pression de l'opinion publique, autorise, timidement d'abord, la femme séduite à réclamer des dommages-intérêts au séducteur à raison de son état, puis s'étend et admet bientôt d'une façon très large la dette pécuniaire de l'homme qui peut paraître responsable de la chute de la femme ; jurisprudence qui va parfois plus loin que l'ancien droit, puisque des tribunaux ont prononcé des condamnations dans certains cas, quoique l'infidélité de la femme eût été prouvée. Je ne puis davantage mettre en relief la méthode de la jurisprudence; et cependant je dois, en deux mots, montrer la conséquence du point de vue auquel l'article 340 l'a obligée de se placer. La jurisprudence a dû distinguer de l'action en recherche de la paternité tendant à constituer à l'enfant naturel, dans le dispositif du jugement à intervenir, un titre dont il pourrait ensuite déduire toutes les conséquences de la filiation, une action fondée sans doute sur la grossesse de

la femme et la paternité probable de l'homme, mais ne devant jamais aboutir qu'à une attribution de dommages-intérêts. Par là s'est reconstituée dans la législation et dans les mœurs, sous une forme nouvelle, la distinction entre les liens de parenté et les liens de famille. Alors que l'on fait désormais résulter de la reconnaissance volontaire par le père naturel la création de véritables liens de famille, on est obligé d'admettre qu'un homme, à la suite d'une action judiciaire, puisse être condamné à nourrir un enfant, sans que l'enfant ait à son encontre le moindre droit de famille; comme si les liens de famille ne pouvaient pas exister sans la volonté des parents (v. Ambroise Colin, *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*). Je regretterais, pour ma part, cette orientation des mœurs due au Code civil. Si le caractère et les formes variables de la constitution de la famille dépendent dans une large mesure de la volonté des parents, l'idée même de famille n'a rien d'artificiel, et elle est fondée sur la solidarité naturelle qui unit le père et l'enfant.

Ainsi, la famille légitime ou naturelle a continué d'évoluer dans les mœurs après le Code civil, tantôt sous l'influence directe ou imprévue du texte, tantôt par le mouvement propre de l'histoire. Les réformes législatives réalisées depuis 1804 n'empêchent pas que la loi ne soit plus toujours en harmonie avec la réalité. L'opportunité d'une revision du Code en cette matière ne me paraît pas plus faire doute qu'en toute autre. Seules la question des voies et moyens et la question du sens de la revision se poseront. Pour moi, l'enseignement qui me paraît résulter de l'histoire, c'est qu'il faut ici, plus qu'ailleurs, se garder de précipitation, d'anticipation sur l'avenir. Si l'on s'en fiait à l'orientation des mœurs, on pourrait croire, par exemple, que l'union libre sera la formule, je ne dirai pas de demain, mais d'après-demain, ou encore que les rapports pécuniaires des époux, dominés hier par l'idée d'autorité, aujourd'hui par l'idée d'association, tendront bientôt vers l'indépendance et la séparation. Mais les mœurs ne suivent pas toujours le même mouvement tout droit. Lors même qu'une masse imposante paraît prête à donner son adhésion, des lèvres, ou même de toute sa raison, à une idée de réforme telle que l'union libre, il faut se garder des retours des instincts profonds de l'homme; et c'est un Marcel Prévost qui vient avertir, qu'en dépit de tous les raisonnements, il y a des sentiments et il y a la nature de « *la plus faible* », qui ramèneront toujours au mariage. Les rapports de famille, parce qu'ils touchent à l'intimité même de l'homme et représentent la partie la plus vraiment humaine des institutions juridiques, évoluent *autour* d'un petit nombre d'idées et se transforment lentement.

PAUL LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.

Ambroise COLIN
Professeur adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Le Droit de succession dans le Code civil

LE DROIT DE SUCCESSION DANS LE CODE CIVIL

Les dispositions consacrées par le Code civil au Droit successoral et testamentaire sont assurément celles qui ont eu à la fois l'honneur et le désavantage de soulever les plus violentes critiques et les discussions les plus passionnées. De tout temps, cette partie du droit a été considérée comme débordant la sphère des intérêts privés, comme intéressant l'ordre politique et social. *Testamenti factio non privati sed publici juris est*, écrivait déjà Papinien. Mais combien l'observation serait-elle encore plus juste de nos jours! On admet, en général, que, dans la législation élaborée par le Consulat, le droit des successions est la partie la plus *représentative* de la moyenne des idées, des tendances, des préjugés, qui constituait, après tant de luttes, d'expériences et de déceptions, l'âme désormais assagie de la France révolutionnaire. Quoi d'étonnant, dès lors, à ce que les adversaires, plus ou moins conscients, du nouvel ordre de choses, aient fait converger leurs assauts sur le bastion de la citadelle juridique où flotte — qu'on nous pardonne la métaphore — le drapeau de la Révolution ? Lorsqu'on écrit que la France « se meurt du Code civil », que « si nous ne savons pas le détruire, il détruira sûrement la Patrie », lorsqu'on le qualifie de « machine à hacher le sol », lorsque l'on prête à lord Castlereagh, au Congrès de 1815, cette parole plus ou moins authentique : « Il est inutile de détruire la France, le Code civil s'en chargera » (1), ce que l'on vise, ce sont les principes fondamentaux de notre régime successoral, tel que l'a établi le Code civil, l'égalité des partages, la restriction de la liberté testamentaire. D'un autre côté, l'on a pu dire (et ce paradoxe ne laissait pas de contenir une certaine part de vérité), qu'au cours du XIXᵉ siècle, si fécond en révolutions, le Code civil de 1804 a été la véritable Constitution des Français; or, l'égalité des héritiers, l'exclusion de tout privilège héréditaire, sont à coup sûr les parties de ce monument, si longtemps intan-

(1) V. surtout l'*Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession*, entreprise par la *Société d'Economie sociale* et les *Unions de la paix sociale*, 1ʳᵉ série, 1867-1868; 2ᵉ série, 1884-1896; 3ᵉ série, 1898 (dont le 4ᵉ fascicule a paru en 1904); et dans la même Enquête, hors série, *La liberté de tester*; Comte de BUTENVAL, *Les lois de succession appréciées dans leurs effets économiques*. — Cf. J.-B.-V. COQUILLE, *La France et le Code Napoléon*; Claudio JANNET, *Le Code civil et les réformes indispensables à la liberté des familles.*



gible, auxquelles la France libérale s'est montrée le plus ardemment attachée. Qu'on songe à l'émotion suscitée dans le pays par le projet, cependant si anodin, de M. de Villèle, en 1826. Il semblait que les conquêtes de 1789 fussent menacées, parce que, sous un régime censitaire et pour des considérations de stabilité électorale, on proposait d'attribuer à l'aîné la quotité disponible, dans les successions supportant 300 francs d'impôt foncier! Et encore était-il loisible au père d'écarter cette attribution en disposant autrement de la quotité disponible. Il n'en fallut pas plus cependant pour déchaîner tout un concert de protestations indignées, exprimées soit dans la presse, soit à la tribune, soit dans de nombreuses pétitions. Et, lorsque la Chambre des Pairs eut repoussé le projet, tout le monde battit des mains, comme si la Haute Assemblée venait de préserver les libertés publiques du plus grand péril qui pût les menacer. Quelles sont donc la valeur et la signification de ce régime si vanté et si honni, dans lequel se résume, aux yeux de tant d'appréciateurs, favorables ou hostiles, l'esprit fondamental du Code civil? C'est de ce problème que nous nous proposons d'examiner certains aspects, dans les quelques pages qui vont suivre. S'il nous est permis d'anticiper sur nos conclusions, disons, sans crainte de paraître rétrograde, que cette enquête doit, à notre avis, fortifier l'admiration, nullement fétichiste, mais au contraire raisonnée, qui s'attache au monument législatif édifié en 1804. Toutes les dispositions du Code civil relatives au droit successoral sont loin d'être irréprochables. Il s'en faut, certes, et de beaucoup. Plusieurs sont défectueuses, soit en elles-mêmes, soit, surtout, par l'interprétation souvent étroite et excessive qu'en a fournie la jurisprudence. Elles appellent des réformes, et il en est, dans le nombre, sur lequel tout le monde est déjà à peu près d'accord. Malgré tout, et en dépit des transformations économiques et sociales qui nous éloignent singulièrement, à l'heure actuelle, de la France du Consulat, à travers quelques déformations partielles qui ont plus ou moins heureusement altéré sa physionomie, l'ensemble demeure imposant et mérite de durer longtemps encore. A nos yeux, notre Droit des successions a cette valeur d'être profondément *national*. Lors de la Révolution, « les Français, écrit Tocqueville, ont voulu couper en deux leur destinée, ils n'ont rien oublié afin de se rendre méconnaissables ». Il ne paraît pas certain qu'ils aient eu cet objectif, lorsqu'ils ont légiféré sur les successions. En tout cas, ils n'auraient pas réussi à l'atteindre. La vérité est que, sur ce point, comme sur bien d'autres, le Code civil est le résultat logique et presque fatal d'une œuvre séculaire, que le Conseil d'Etat n'a fait que condenser en textes positifs la pensée de ses devanciers, en y comprenant à la fois les jurisconsultes et les praticiens de l'ancien régime et les parlementaires des Assemblées de la Révolution. Le régime successoral dont il a doté la France a été ce qu'il pouvait et devait être: il est presque permis de dire

qu'il ne pouvait pas être différent. Bien plus, à l'heure où il pourra devenir nécessaire de modifier ce régime, autrement que par les quelques réformes de détail et les menues corrections pratiques dont nous parlions plus haut, on pourra, — telle est du moins notre conviction, — chercher utilement des idées directrices dans les travaux des auteurs du Code civil, dans les conceptions mêmes qu'ils ont, expressément ou implicitement, consacrées. Ainsi leur œuvre a cette supériorité de contenir en elle les matériaux de son propre rajeunissement. L'avenir pourra en modifier le contenu sans en altérer nécessairement les grandes lignes. Et l'on puisera encore dans la pensée de ceux qui l'ont préparée et accomplie, le jour où l'on s'imposera enfin la tâche de la transformer. Ne sera-ce pas là un nouvel et éclatant hommage à la fécondité créatrice de la génération qui l'a vue naître?

I

Une première constatation s'impose. Notre Droit successoral est conforme à l'esprit de la Révolution dans sa période initiale ; c'est une œuvre de *modérés* (1). On a maintes fois remarqué — et la constatation est exacte dans son ensemble — que l'époque de la rédaction du Code civil correspond à une phase de prudence et, dans une certaine mesure, de régression. Désabusés par dix années d'expériences souvent malheureuses, les membres de la Commission instituée le 13 août 1800 redoutent les écueils sur lesquels avaient sombré leurs devanciers. En particulier, la législation successorale élaborée par le radicalisme révolutionnaire avait notoirement échoué. Le fameux Décret du 17 nivôse an II, pour nous en tenir à ce texte, expression la plus complète et la plus puissante des idées révolutionnaires poussées au paroxysme, n'avait pas plutôt vu le jour qu'il avait soulevé des protestations innombrables et qu'il avait fallu l'élaguer, puis le détruire. Pour se rendre compte de l'insuccès de la tentative et de la poussée irrésistible de réaction qu'elle avait suscitée, il suffit de dénombrer les lois qui, depuis la Convention jusqu'à la veille de la promulgation du Code civil, se succèdent et

(1) Sur le droit de la Révolution et son influence sur le Code civil, v. Aron, *Etude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil*, dans Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, 1901, p. 444 et 585; 1903, p. 673; Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*; Jeanneau, *La législation successorale de la Révolution* (thèse, Paris, 1892); Nadaud, *Les successions dans le droit de la Révolution*, 1904; et surtout l'excellente thèse de M. Vallier, sur le *Fondement du droit successoral en droit français*, Paris, 1902. *Adde*, A. de Brandt, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, p. 69 et suiv. — Sur la valeur du système du Code civil, Glasson, *Eléments de Droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, t. I, p. 457 et suiv.; Cauwès, *Cours d'économie politique*, t. III, p. 1027 et suiv.

s'additionnent, en vue d'écarter les dispositions les plus funestes du décret de nivôse, soit son effet rétroactif, conséquence logique mais condamnable des conceptions régnantes sur les caractères et la vertu du Droit naturel, soit l'établissement de la juridiction spéciale et mal venue des arbitres successoraux, soit la réduction à une mesure infinitésimale de la quotité disponible. Décrets du 5 floréal an III, du 9 fructidor an III, du 3 vendémiaire an IV, du 18 pluviôse an V, du 4 germinal an VIII : cinq lois accumulées pour corriger une seule loi ! Les rédacteurs du Code civil n'auront garde d'exposer leur œuvre à de pareils retours de fortune. Aussi, nous les représente-t-on comme, de parti pris, se plaçant à un point de vue plutôt juridique que politique ; on nous les montre, praticiens plutôt que philosophes, répudiant cette politique qui « fixe son attention sur les lois civiles... moins pour les rendre plus sages et plus justes que pour les rendre plus favorables à ceux auxquels il importe de faire goûter le régime qu'il s'agit d'établir ». De fait, ils renoncent aux innovations irréfléchies, aux engouements chimériques. Portalis résume les tendances de ses collègues et les siennes dans cette phrase célèbre, qui mérite de rester comme la vraie formule d'un esprit à la fois conservateur et progressiste : « Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire ».

Pourtant, ce serait à la fois une illusion et une injustice que de voir dans les commissaires de 1804 des réacteurs aspirant à rétrograder vers les institutions de l'Ancien Régime. Ils sont, et ils restent des hommes de la Révolution, non pas, à la vérité, de la période violente, mais de la période à la fois audacieuse et tempérée qui trouve son expression dans l'Assemblée Constituante. On peut s'en convaincre aisément.

On sait que le Décret du 15 mars 1790 avait supprimé le droit d'aînesse et le privilège de masculinité, sur une motion du constituant Chapelier. Cette réforme, se liant à la suppression d'ensemble du régime féodal, votée dans la fameuse nuit du 4 août, ne visait à la vérité que les successions aux biens nobles. Mais elle fut complétée par le Décret du 8 avril 1791, qui l'étendit à toutes les successions, visant ainsi les régions, assez rares d'ailleurs, où ces privilèges s'appliquaient dans les successions roturières. Ce dernier texte avait été précédé d'un rapport de Merlin, lequel avait profité de la première occasion offerte aux constituants de légiférer sur la matière des successions, envisagée au point de vue civil, pour exposer un plan complet de réformes (1). Que ce plan, présenté dans la séance du 20 novembre 1790 et portant alors exclusivement sur les successions *ab intestat*, ait été ensuite ajourné, peu nous importe, puisque ce renvoi de la discussion à une date ultérieure tint au désir de Mirabeau de com-

(1) *Archives parlementaires*, 1re série, t. XX, p. 598 et suiv.



prendre dans la réforme les « inégalités résultant de la volonté ». Contre le fond même du rapport, il ne s'éleva pas de protestations. Or quels sont, outre l'unification de la loi successorale succédant à la diversité des coutumes, les principes que Merlin proclame comme devant dominer le Droit nouveau ? « 1° Egalité absolue dans les partages *ab intestat*; 2° Identité parfaite de tous les biens, sans distinction de meubles et d'immeubles, de propres et d'acquêts; 3° représentation à l'infini en ligne directe, et jusqu'aux neveux seulement en ligne collatérale. Voilà, en trois mots, tout le système de la nouvelle législation qui vous est proposée ».

Ce programme, si largement tracé, subit, il est vrai, des éclipses partielles sous les Assemblées suivantes; mais il devait triompher en définitive. En le lisant aujourd'hui, n'avons-nous pas comme le schéma du système du Code civil en matière de successions *ab intestat* ?

Non moins frappant est le rapprochement à instituer entre la réglementation actuelle du droit de disposer et le Titre II du projet discuté en 1791 (et non voté entièrement) par l'Assemblée Constituante. Sous ce titre : « Effets et limites des dispositions de l'homme », le projet élaboré par le Comité de l'Assemblée (1) consacre l'interdiction de modifier par contrat, fût-ce par contrat de mariage, l'ordre des successions légalement établi et celle de renoncer à une succession non encore ouverte (art. 1er), la prohibition des institutions contractuelles (art. 2) et celle des substitutions fidéicommissaires (art. 3), sauf au profit des enfants (art. 4, 5 et 6), l'attribution de la qualité d'héritier aux seuls successeurs *ab intestat*, les testaments ne pouvant faire que des légataires (art. 11), la fixation de la quotité disponible et sa réduction, s'il existe des enfants et descendants, à une part d'enfant (art. 13 à 23). Bornons-nous à ces dispositions, qui constituent la charpente même de la loi; nous constaterons qu'elles sont reproduites presque textuellement par les articles 1130, 1389, 893, 896, 897, 895, 913 du Code civil. Si elles ne furent pas promulguées dans un texte officiel, elles demeurent néanmoins comme le témoignage incontestable des vues de la Constituante et de la filiation qui relie sa pensée à celle du Code civil. De tout le projet qu'elle n'eut pas le temps de soumettre à une discussion approfondie, la Constituante ne retint d'ailleurs qu'un texte, l'article 32, qui devint le Décret du 5 septembre 1791. En le votant, l'Assemblée avait voulu empêcher que la liberté testamentaire, dont le principe même restait en suspens, pût être employée pour imposer aux héritiers une attitude contre-révolutionnaire; le décret décide que toute clause impérative ou prohibitive, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs et portant atteinte à la liberté du donataire, doit être réputée non

(1) *Arch. parl.*, 1re série, t. XXIV, p. 506 et suiv.



écrite. Nous connaissons bien aujourd'hui cette disposition : c'est l'article 900 du Code civil.

Sur les points essentiels donc (et on pourrait multiplier les rapprochements du même genre) (1), l'esprit du Code civil n'est pas seulement en germe, il s'épanouit, peut-on dire, dans les délibérations de l'Assemblée Constituante; et nous voyons ainsi s'affirmer, au moins en ce qui concerne le régime successoral, l'exactitude de l'observation de Quinet : « Le Code civil eût pu être rédigé sous Louis XVI tout aussi bien que sous Napoléon. Mirabeau eût remplacé Cambacérès... » (2). Ajoutons que ce qui fait la valeur durable de ces principes révolutionnaires dans lesquels se résume notre régime des successions : — égalité entre les cohéritiers, — unité du patrimoine, — dévolution *ab intestat* d'un caractère individualiste plutôt que familial, — ce qui les a fait échapper au naufrage des conceptions plus avancées élaborées depuis, et notamment par la Convention, c'est qu'ils ne s'inspirent pas de tendances abstraites, mais qu'ils apparaissent comme l'œuvre des générations antérieures, comme le produit des aspirations nationales. La secousse de 1789 a pu accélérer le travail des siècles, brusquer le dénouement, mais rien de plus. Ce que la Révolution a fait se serait fait sans elle, plus lentement à coup sûr, mais infailliblement. C'est pour cela que son œuvre est bonne et que, peut-être, on ne doit pas songer aujourd'hui à la détruire, mais seulement à l'améliorer.

II

L'égalité, d'abord, des cohéritiers! Est-ce donc là un principe nouveau, un de ces « faux dogmes de 1789 », qui auraient défiguré nos traditions?

---

(1) C'est ainsi que le Décret du 6 août 1790 avait supprimé le droit d'aubaine et de détraction, avec ce considérant emphatique que « la France doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés et inaliénables de l'humanité ». Cette réforme fut consacrée par le Décret du 8 avril 1791. Toutefois, dans la discussion de ce dernier texte, une idée nouvelle se fit jour : Merlin demanda que la faveur accordée aux étrangers fût subordonnée à la réciprocité de leur propre législation en faveur de nos nationaux, sans quoi la générosité française risquait de dégénérer en duperie (*Arch. parl.*, 1re série, t. XVII, p. 628). C'est ici encore Merlin qui sera l'inspirateur du Code civil (art. 726). La loi du 14 juillet 1819 ne fera que revenir, à une nuance près, au système du décret de 1791.

(2) Ed. Quinet, *La Révolution*, p. 171 et suiv. La même appréciation ne serait pas exacte si on l'appliquait à d'autres matières juridiques. C'est ainsi que l'œuvre de destruction de la féodalité civile et l'organisation sur des bases nouvelles de la propriété foncière, désormais libérée, furent, malgré le fracas des manifestations parlementaires, à peine ébauchées par l'Assemblée constituante. Ce fait, déjà mis en lumière par M. Doniol dans son beau livre sur la *Révolution française et la féodalité*, a été encore signalé, en dernier lieu, par M. Jaurès, *Histoire socialiste de la Révolution française*, t. II, *La Législative*.



Non, à coup sûr. C'est même une constatation banale que de relever le caractère égalitaire du droit successoral de l'ancienne France. On sait assez combien le droit d'aînesse et le privilège de masculinité, règles inspirées primitivement par le souci d'assurer les services dus par le fief, s'étaient, depuis le moyen âge, atténués et, en quelque sorte, rétrécis. Le manoir, *le vol du chapon*, la part avantageuse, en tout quelques arpents de terre en préciput, voilà le privilège de l'aîné dans la plupart des coutumes, à l'exception d'un petit nombre, comme celles de Bretagne et de Normandie, de Poitou, de Touraine, demeurées plus féodales. Quant à l'exclusion des filles, elle ne se produit qu'à égalité de degrés. Encore ce régime est-il tout exceptionnel. Il se limite à la dévolution des immeubles nobles (coutumes de Paris, d'Orléans), ou aux successions des familles nobles (Anjou, Bretagne). Considérons que ces familles sont très peu nombreuses (20,000 environ pour toute la France), à la veille de 1789, et que le patrimoine de la plupart d'entre elles consiste moins en terres possédées directement qu'en droits et redevances retirés de terres amodiées à des tenanciers. On aperçoit alors, même si on tient compte des pratiques nobiliaires par lesquelles se renforçait la législation, profession religieuse des cadets, renonciation des filles dotées à la succession des parents, substitutions fidéicommissaires, etc..., combien est déjà réduit le domaine de l'inégalité. En réalité, à la veille de la Révolution, les fortunes nobles étaient divisées et considérablement amoindries ; le régime de la transmission intégrale, imposée jadis par des considérations politiques, ne s'y appliquait plus que dans une mesure très restreinte (1). Il y avait, il est vrai, certaines régions où, soit par l'effet de la coutume obligatoire, soit en vertu de pratiques très anciennes et religieusement observées, le domaine roturier et paysan n'allait, en fait, qu'à l'aîné des fils, à l'exclusion des puînés et des filles, ou lui était du moins dévolu pour la plus grande partie ; il en était ainsi dans plusieurs régions du Midi, dans le Limousin, dans le Béarn, le Bigorre, les Pays basques, et même, au Nord, dans le pays de Caux. Mais cette aînesse roturière constituait, en définitive, un régime d'exception, à peu près imposé par les conditions économiques de l'exploitation. Encore était-elle tempérée par la charge imposée aux aînés de subvenir au sort des héritiers désavantagés, ou par l'habitude basque de marier les cadets à des héritières et les aînés à des filles non dotées. Le droit des successions *ab intestat* était donc un régime d'égalité. Le père pouvait-il du moins le corriger par un acte de sa volonté ? Sauf dans le Midi, où existait la liberté romaine des testaments, il se serait heurté à

(1) C'est ce que constate, entre autres, l'intéressant ouvrage de M. P. DE VAISSIÈRE, *Les gentilshommes campagnards de l'ancienne France*. L'auteur place cette transformation, qu'il déplore d'ailleurs, vers la seconde moitié du XVIe siècle.



la réserve coutumière des quatre quints ou à la légitime, qui restreignaient considérablement sa liberté. En effet, sauf dans le très petit groupe des coutumes du *préciput* (Bourbonnais, Nivernais, Berry), on ne pouvait librement user du disponible qu'au profit d'étrangers. Les coutumes d'*égalité parfaite* interdisaient toute libéralité en faveur d'héritiers. D'après les coutumes d'*égalité simple*, les plus nombreuses, celles qui comprenaient la région parisienne, la qualité d'héritier et celle de légataire étaient incompatibles, si bien que l'héritier ne pouvait recueillir de legs du défunt qu'en abandonnant sa part héréditaire.

Pourtant, si peu de terrain qu'eût conservé le système du privilège, ce domaine paraissait encore trop grand à la France du XVIIIe siècle. Sans parler des jurisconsultes qui, suivant une tradition constante remontant à Dumoulin, s'accordaient à restreindre autant que possible le privilège d'aînesse, à le faire rentrer, vu son caractère dérogatoire au droit commun, dans ce « droit haineux » de la féodalité que le juge doit s'appliquer à écarter chaque fois qu'il n'est pas lié par un texte formel, nos philosophes et nos économistes ne voient guère que ce point à reprendre dans nos institutions successorales. Montesquieu, là-dessus (1) s'accorde, pour une fois, avec Rousseau (2), et Voltaire, par l'abondance de ses critiques (3), se fait, comme d'habitude, l'interprète du sentiment général. Les politiques ne sont pas moins hostiles à tout privilège. C'est d'Aguesseau qui, à la veille de réglementer les fidéicommis, exprime l'idée que leur abrogation entière serait sans doute la solution préférable (4). C'est le chancelier Maupeou qui, dans son Mémoire à Louis XVI, associe la faculté de tester à la pratique des substitutions et nous dépeint l'une et l'autre comme dépravant la morale publique (5). Un seul penseur se détache de la foule, d'Argenson : « Il serait temps, écrivait-il en 1738, que les pères de famille fussent plus libres dans la disposition de leurs biens » (6). Mais cet écrivain original et vigoureux n'est pas de ceux dont les appréciations aient prise sur l'esprit public. D'une façon générale, à la fin du XVIIIe siècle, la pensée de l'égalité entre héritiers s'élève presque à la hauteur d'un dogme incontesté. A la veille de la Révolution, un grand exemple vient encore fortifier cette tendance, celui de la jeune République américaine.

Le régime successoral des colonies anglaises du Nouveau Monde, quoique présentant une notable variété de types, se caractérisait dans son

---

(1) *Esprit des lois*, liv. V, chap. 8.
(2) *Discours sur l'inégalité parmi les hommes*, in fine.
(3) *Dictionnaire philosophique*, v° Lois; *Pensées sur le Gouvernement*.
(4) *Lettres*, 24 juin 1730.
(5) FLAMMERMONT, *Le chancelier de Maupeou et le Parlement*, p. 618 et s.
(6) *Journal* et *Mémoires*, *id.*, RATHERY, t. I, p. 373.

ensemble en ce qu'il aboutissait partout à assurer la transmission intégrale des propriétés foncières. Dans certains Etats, comme ceux de New-York et de Rhode-Island, on pratiquait un droit d'aînesse absolu, et il en était de même dans la Géorgie, Etat d'origine cependant toute démocratique. Dans la Virginie et dans les Etats esclavagistes (sept sur treize), la loi défendait de diviser par testament les domaines donnant un revenu net de plus de 200 livres sterling. Dans les autres colonies, on suivait un système établi en Pensylvanie vers le milieu du XVIIIe siècle, par emprunt à la loi mosaïque, et analogue au droit d'aînesse tempéré de l'ancien Droit français, le fils aîné recevant une part double de celle des autres enfants. Mais ce régime, complété par l'emploi fréquent des *entails* ou substitutions, devait disparaître, à la fin du XVIIIe siècle, par l'effet d'une révolution pacifique dont le signal fut donné, en 1776, par le Parlement de Virginie, qui adopta alors, malgré la vive résistance des riches planteurs de cet Etat aristocratique, la suppression des *entails* et le principe du partage égal. Ces deux principes se répandirent ensuite dans l'Union, surtout le second, qui ne se heurtait pas à l'idée de la liberté testamentaire, si chère aux Anglo-Saxons. Le droit d'aînesse disparut partout; et le Congrès fédéral de 1787 fit de l'égalité des héritiers la base du régime successoral consacré par les lois organiques du Nord-Ouest, vaste territoire d'où devait sortir un si grand nombre d'Etats actuels de l'Union. Et quel avait été l'initiateur de la réforme? Le fameux Jefferson, le rédacteur de la Déclaration des droits placée en tête de la Constitution américaine, l'ambassadeur des Etats-Unis à Paris, de 1785 à la fin de 1789, l'homme d'Etat dont l'influence sur les débuts de la Révolution française ne peut être contestée. C'est lui qui fournit aux adversaires du droit d'aînesse, lors de la discussion de la loi virginienne de 1776, leur argument le plus probant et qui le rendit plus péremptoire en l'exprimant dans une formule familière, à la manière de ces aphorismes recueillis par Franklin dans sa *Science du bonhomme Richard* : « Si l'aîné devait manger ou travailler deux fois plus que ses frères, il serait naturel qu'il reçût une part double. Mais puisque sa capacité et ses besoins sont les mêmes, il doit recevoir une part égale » (1).

Vienne donc la convocation des états généraux, et la suppression du

(1) V. R. MEYER, *Heimstätten und andere Wirthschaftgesetze der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1883. V., dans cet ouvrage, la correspondance échangée entre Madison et Jefferson, pendant l'ambassade de celui-ci en France. L'auteur s'efforce de démontrer que Jefferson a été le principal inspirateur de la Révolution en France et que les Mirabeau, les Lafayette, les Robespierre ne furent, alors, que ses élèves, empruntant, au jour le jour, les idées du maître. Quoique une conclusion aussi absolue soit, sans doute, exagérée, l'influence de Jefferson n'en apparaît pas moins comme ayant été très grande sur les protagonistes des « idées nouvelles » dans l'Assemblée constituante.

droit d'aînesse sera réclamée par tous ceux des cahiers qui s'occuperont de la réforme à apporter à la législation civile du Royaume. C'est même, comme on l'a remarqué, le seul point de notre ancien Droit successoral qui, avec le privilège de masculinité et les substitutions, soulèvera alors des critiques (1). Ne nous étonnons pas que ces critiques émanent, pour la plus grande partie, du tiers état, ordre qui cependant n'avait aucunement ou à peine à souffrir de l'institution. N'est-ce pas le même esprit de généreuse solidarité humaine qui, le 14 juillet 1789, a poussé les masses populaires à l'assaut de la Bastille, quoique cette prison d'Etat fût surtout fréquentée par les aristocrates? Comme la forteresse maudite, le droit d'aînesse paraissait être le symbole d'un régime de privilèges, et c'est ce qui explique sans doute le concert de haines plébéiennes qu'on s'étonne de voir déchaînées autour de lui.

En supprimant toute inégalité dans la dévolution *ab intestat*, et en apportant à la liberté testamentaire des entraves de plus en plus étroites, la Révolution n'a donc pas fait violence à la tradition nationale : elle l'a continuée. Quand Robespierre demandait à la Constituante que le droit de tester fût maintenu en principe, mais ne pût s'exercer qu'au profit d'étrangers et non d'héritiers, il était fondé à se donner, — ce que d'ailleurs il ne manqua pas de faire, — comme le défenseur des principes du droit coutumier; et lorsque Lanjuinais concluait au maintien du testament dans les pays de droit écrit, à raison des habitudes acquises, parce qu' « il faut laisser à d'autres temps cette grande moisson de gloire et de bonheur réservée à la génération qui verra supprimer tous les testaments », il exprimait des idées qui étaient à peu près celles du chancelier Maupeou (2). Le Code civil, avec sa quotité disponible égale à une part d'enfant et jamais inférieure au quart de la succession, avec ses substitutions tolérées au profit des petits-enfants et des neveux, acquiert ainsi une physionomie de grande modération : il nous reporte même, dans une certaine mesure, en deçà de la Constituante et de la France de 89. Cela tient à ce que la force même du mouvement égalitaire avait conduit le législateur à des solutions extrêmes et funestes. Du désir de supprimer toute inégalité contraire au droit naturel et de briser entre les mains des capitalistes rétrogrades un instrument d'influence sur les jeunes générations, on était arrivé à voir, dans le morcellement imposé à tous et poussé à l'extrême, un moyen de niveler les fortunes, et d'éliminer les riches qui « tous, font la guerre à la République », de façon « qu'il soit

(1) V. l'énumération de ces cahiers dans Vallier, *op. cit.*, p. 189. La même indication est fournie dans les brochures, pamphlets et adresses à l'Assemblée, source analysée par M. Aron dans ses articles précités.

(2) *Arch. parl.*, 1re série, t. XXIV, p. 510. 599, 600.



presque impossible de devenir riche (1) ». De là les surenchères successives, le décret du 5 brumaire an II, après celui du 7 mars 1793, et le décret de nivôse après celui de brumaire, la suppression totale ou presque totale du droit de disposer. L'instrument trop violemment tendu s'est faussé ; la réaction est devenue inévitable. Cette réaction se traduit d'abord par le décret du 4 germinal an VIII, texte moins important par lui-même que par la discussion qui le précède. Dans ce débat, en effet, le testament retrouve une faveur qu'il semblait avoir perdue pour toujours ; il est qualifié par le rapporteur Duveyrier, d' « émanation directe de la propriété elle-même » ; au contraire, le célèbre discours posthume de Mirabeau contre la liberté testamentaire est qualifié sévèrement, entre autres par Curée, qui le signale comme ayant été lui-même « une sorte de testament *ab irato* » (2). Les temps sont mûrs pour un retour en arrière. Et cependant, on ne rétrogradera guère davantage. Le Code civil ne fera que suivre, sans l'accentuer sensiblement, l'oscillation législative annoncée par la loi du 4 germinal an VIII. Il réalisera l'équilibre aussi complètement que possible, et se placera, comme toujours, à égale distance de la réaction et de la révolution.

III

Les dispositions qui assurent l'égalité des cohéritiers, à l'encontre de tout privilège légal ou volontaire, sont la partie proprement politique de notre régime successoral. Si nous envisageons maintenant l'aspect plutôt juridique ou, si l'on veut technique, du Code civil, nous retrouvons cette constatation déjà faite antérieurement, que deux traits, surtout, le caractérisent, à savoir : le principe de l'unité du patrimoine, et un système de dévolution très analogue à celui du droit Justinien. Ici encore, les rédacteurs du Code de 1804 n'ont pas procédé suivant une méthode arbitraire et abstraite. Ils ont consacré une œuvre déjà commencée depuis longtemps, et les solutions qu'ils ont écrites s'imposaient à quiconque eût voulu réaliser l'unification du droit français.

L'idée qui domine l'ancien droit successoral coutumier c'est, on le sait, la classification des biens en patrimoines distincts, dévolus chacun suivant des règles spéciales; d'un côté les biens propres, les biens venus des ancêtres, assiette fixe de la famille, protégés contre les abus de la volonté du propriétaire actuel; de l'autre, les biens volants, les meubles et la fortune acquise par le travail ou la chance de l'individu. Cette distinction est

(1) Ces phrases sont empruntées à un discours souvent cité de Nicolas Hentz, député de la Moselle (V. *Archives nationales*, A. D. XVIII, C. 326, 6e et 13e pièces).

(2) *Arch. parl.*, 2e série, t. I, p. 429, 477.

assurément très logique et très naturelle ; on conçoit qu'elle ait trouvé des admirateurs. A l'époque même de la Révolution, Tronchet devait encore s'en réclamer. Mais on peut dire que, dans l'ancien droit, elle était depuis longtemps déjà battue en brèche et qu'elle allait de jour en jour en s'effaçant. C'est là une affirmation autour de laquelle on pourrait accumuler les preuves. Qu'il nous suffise d'en indiquer les deux plus caractéristiques.

Le principe de la dévolution aux propres, c'est que le bien doit aller aux seuls héritiers de la ligne qui l'a mis dans la famille. Les meubles et acquêts, au contraire, sont dévolus suivant la proximité du sang, et indépendamment de la ligne. Qu'on suppose donc un *de cujus*, ne laissant de lignagers que d'un côté ; au moyen âge, le parent le plus proche de la seule ligne représentée (supposons par exemple que c'est la mère), succédera aux meubles et acquêts ; mais les propres paternels iront au seigneur haut justicier. Or, si nous nous reportons à l'époque qui suit la rédaction des coutumes, nous voyons bien la règle ancienne maintenue par certaines coutumes archaïques, comme celles d'Anjou, du Maine, de Normandie. Mais dans la majeure partie des coutumes, notamment dans celle de Paris (article 430), les plus proches lignagers maternels viendront à l'exclusion du fisc.

De même, à l'époque où le système du droit coutumier s'applique dans toute sa pureté, les dettes sont à la charge exclusive de l'héritier aux meubles et acquêts. Cette règle subsistera encore, après le xvi[e] siècle, mais ce sera dans de rares coutumes, comme celles de Blois, de Tours, du Nivernais. Ailleurs, la règle disparaît. Lors de la première rédaction des coutumes, on admet déjà, à peu près partout, que l'héritier aux propres peut être poursuivi par les créanciers, mais seulement après discussion des meubles. La seconde rédaction des coutumes effacera ce dernier vestige de l'ancienne règle, et placera l'héritier des propres et celui des meubles et acquêts exactement sur la même ligne (Paris, art. 334 ; Orléans, art. 340).

En somme, une idée se développe dans les textes, comme elle s'affirme de plus en plus chez les juristes coutumiers, depuis Dumoulin jusqu'à Pothier : c'est que la dévolution aux acquêts et aux meubles représente le droit commun, applicable dans toutes les hypothèses et à toutes les situations que ne vise pas un texte formel et contraire. Les règles relatives à la dévolution des propres constituent un droit d'exception qui appelle, dès lors, une interprétation restrictive. En d'autres termes, le principe romain de l'unité du patrimoine va, par ondes successives, regagner le terrain perdu et submerger le système coutumier de la pluralité des patrimoines. Merlin aurait donc pu, lorsque les deux systèmes se trouvèrent mis en présence, dans les discussions de la Constituante, s'abstenir de présenter le régime spécial des propres comme une conséquence des

idées féodales (1). Cette erreur historique était inutile à sa démonstration ; il lui aurait suffi d'invoquer la logique et le développement irrésistible du droit coutumier lui-même. Et nous pouvons conclure, que, cette fois encore, le Code civil, avec son article 732, n'a pas fait de révolution : il a fait aboutir une évolution (2).

Mais suivant quelles règles, ce patrimoine, désormais unifié, va-t-il être dévolu ? Ici le Code civil reproduit en somme, à peu de chose près, le système de la Novelle 118. Pouvait-il en être autrement ? Nous ne le croyons pas, et trois raisons, fournies encore par l'histoire, vont justifier l'exclusion du système coutumier.

Et d'abord, le régime romain était plus simple, plus équitable, et il est impossible de méconnaître qu'il répondait à un type supérieur de législation.

De plus, puisque l'on considérait que, pour le régime coutumier, la succession aux meubles et aux acquêts était celle du droit commun, le type de dévolution qu'elle consacrait, et qui était à peu près conforme au système de la Novelle, devait nécessairement l'emporter dans une législation unitaire.

Enfin, la Novelle 118 était appliquée, sans restriction et sans réserve, dans les pays de droit écrit. Au cours des derniers siècles de la monarchie, les grands Parlements du Midi s'étaient attachés, avec une invariable et patiente obstination, à étendre et à généraliser l'application uniforme du droit Justinien. Sous leurs efforts, les statuts locaux qui reproduisaient, par place, les règles successorales coutumières, statuts à la vérité assez nombreux, surtout dans la région du Sud-Ouest, longtemps soumise à l'influence anglo-normande, avaient peu à peu perdu du terrain, puis disparu, à quelques exceptions près. Incorporées le plus souvent dans des chartes municipales, et non pas comme dans le Nord, en un texte de rédaction royale, les règles de droit privé local n'avaient pas survécu aux organisations consulaires, aux libertés urbaines sur lesquelles la Royauté avait fait peser le niveau de la centralisation (3). L'unification du droit successoral s'était ainsi trouvée réalisée dans toute une moitié de la France, par la jurisprudence et au moyen de la Novelle 118. Si on consi-

(1) *Arch. parl.*, 1re série, t. XX, p. 601.

(2) On pourrait signaler cependant le droit de retour des ascendants donateurs comme une survivance de cette idée que la dévolution des biens doit être déterminée par leur origine; ce rapprochement a été indiqué par M. Vallier, *op. cit.*, p. 322. En fait, la succession anomale ne fut introduite dans le Code civil qu'après coup et sur le vœu de quelques tribunaux des pays de droit écrit. Mais, si cette conception a pu dominer, au début, l'institution de la succession anomale, il faut noter que la doctrine moderne tend plutôt à considérer le droit de retour comme le produit d'une convention sous-entendue (V. l'article de M. Gaudemet dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 739).

(3) Jarriand, *Histoire de la Novelle 118 dans les pays de droit écrit.*



dère qu'en face du bloc compact et homogène des pays de droit écrit, le système de dévolution coutumier, celui de la dévolution des propres, apparaissait comme diversifié, compliqué de variantes, restreint d'ailleurs dans son application à une fraction seulement du patrimoine, on comprend sans peine que ce régime devait être fatalement sacrifié.

Ce fut donc la dévolution de la Novelle qui l'emporta, et l'expérience a prouvé qu'en consacrant ce résultat, les rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas trompés. Depuis un siècle, en effet, nulle voix ne semble s'être élevée en France contre les dispositions de notre droit successoral relatives à la hiérarchie des héritiers du sang. La seule règle qui puisse appeler d'assez graves critiques, est celle de la *fente* entre les deux lignes, paternelle et maternelle, car elle aboutit parfois à faire passer la moitié de la succession à des héritiers de degré très éloigné, et même inconnus du défunt, au détriment des parents peut-être très proches de l'autre ligne (1). Or, cette règle peut à bon droit être considérée comme une concession faite par le Code civil au système coutumier de la dévolution des propres aux lignagers. Quant aux autres traits de l'organisation technique de notre dévolution successorale *ab intestat*, ils paraissent à peu près à l'abri du reproche. Tout au plus, peut-on trouver la classification latino-française des héritiers légitimes un peu compliquée, au regard du système plus simple et plus rigoureusement logique des parentèles, système que la loi de nivôse avait suivi dans une certaine mesure et que des législations plus récentes que la nôtre ont cru avantageux de restituer (2). Cependant, cette classification est, on peut l'affirmer, entrée maintenant dans nos habitudes juridiques. De même, lorsqu'il a organisé la représentation, le législateur de 1904 a sagement agi en repoussant les exagérations du droit révolutionnaire qui, dans un but tout politique, pour favoriser l'accès des jeunes générations aux avantages de la propriété, et multiplier le nombre des propriétaires en morcelant la fortune à l'infini, admettait la représentation en ligne collatérale, sans aucune restriction. Une seule chose reste regrettable, c'est que le Code civil, en attribuant à la représentation la place restreinte mais suffisante que lui assignent les articles 739 et suiv., ait cru devoir la justifier en faisant appel à l'idée surannée d'une *fiction* légale, ce qui est d'une mauvaise méthode législative et soulève dans la pratique d'inutiles difficultés (3).

(1) V. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 604; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e édit., t. III, p. 544. Le Code roumain (art. 675), comme le Code civil italien (art. 742), bien que s'inspirant du Code civil français, en matière successorale, n'ont eu garde de reproduire notre système de la fente.

(2) KOHLER, *Zur Lehre von der Parentelordnung*, dans *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, p. 341 et suiv.; BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 436.

(3) Le rôle de la fiction en général, et spécialement en matière de représentation, a été



En définitive, — et l'adoption du régime de la Novelle n'est qu'une des conséquences de ce résultat général, — le Code civil a fait prévaloir sur les conceptions du droit coutumier, que dominait la pensée d'un droit supérieur de la famille, un régime nettement individualiste. Cette idée que le patrimoine appartient moins à son possesseur actuel qu'au groupe permanent et immortel dont il est l'éphémère représentant, c'est là, en définitive, tout l'ancien Droit successoral français; c'est, au moins, la clef de ses institutions les plus originales et les plus importantes. Mais cette idée avait été, de jour en jour, battue en brèche. La philosophie du XVIII[e] siècle et, à sa suite, la Révolution française avaient définitivement affranchi l'individu, brisé, sans pitié, les organismes et les règles vénérables dans lesquels s'avérait encore la tradition du vieux droit communautaire. Désormais, la famille disparaît, comme entité organisée. Son droit collectif n'existe plus (1). Le principe du droit exclusif de l'individu domine même le règlement des successions, quoique cette partie du droit déborde la personne du propriétaire et embrasse la chaîne des générations qui s'étendent au-dessus et au-dessous de lui. Ainsi s'explique le triomphe d'un système de dévolution des biens fondé sinon, comme on le dit quelquefois trop absolument, sur les affections présumées du défunt, au moins sur les devoirs dont on présume qu'il se considérait comme tenu envers tels de ses parents plutôt qu'envers tels autres. De là encore la prédominance du système de la légitime sur celui de la réserve coutumière, dans l'organisation de la réserve actuelle, laquelle n'a guère que le nom de commun avec celle de l'ancien Droit. De là l'hostilité du Code contre l'état d'indivision, sentiment nouveau, inconnu dans l'ancienne société française et qui se traduit aujourd'hui par le fameux et parfois si gênant article 815. Il n'est pas jusqu'aux concepts du droit international privé en cette matière, et aux solutions qu'il a tour à tour consacrées, quant au caractère du statut dans lequel il convient de faire rentrer le droit des successions, qui ne puissent s'expliquer par les mêmes tendances générales. Tout cela, qu'on s'en félicite ou qu'on s'en plaigne, est logique et cohérent; et, il faut reconnaître, puisque la France devait passer par cette ère d'individualisme presque intégral qui s'affirme dans la *Déclaration*

---

remarquablement étudié par M. KOHLER dans ses *Zwei Studien über das sogenannte Repräsentationsrecht*, *op. cit.*, p. 367 et suiv. M. Kohler se montre, à bon droit, sévère, pour l'hommage inattendu que rend l'art. 739 C. civ. à l'idée de fiction, alors qu'il suffisait de se référer à l'idée du partage *per stirpes*.

(1) On pourrait voir la dernière survivance de l'idée d'un droit de la famille envisagée comme personne juridique dans la curieuse théorie de la saisine collective soutenue notamment par Zachariæ, théorie qui s'est fait jour à diverses reprises, au cours du siècle dernier, par exemple lorsqu'il s'est agi de justifier la validité des actes de l'héritier apparent (V. AUBRY et RAU, 4[e] éd., t. VI, p. 368, n° 25. — Cf. BOISTEL, *op. cit.*, t. II, p. 126 et 136).



des droits de l'Homme, que le Code civil lui a fourni un régime successoral parfaitement adéquat à cette phase de son développement.

IV

Ce régime convient-il encore à la France d'aujourd'hui ? Et que faut-il retenir des critiques innombrables dont le Droit successoral du Code civil a été l'objet ?

Le principe de l'égalité entre les cohéritiers, pierre angulaire de l'édifice, a été naturellement le plus attaqué. Si l'on voulait, faute de pouvoir les analyser ou même les dénombrer toutes, classer au moins d'une façon méthodique les opinions des adversaires plus ou moins conscients de l'égalité, des partisans plus ou moins absolus de la liberté testamentaire, on pourrait les répartir en trois groupes, suivant qu'elles s'inspirent de considérations politiques, morales ou économiques. Il est inutile de s'arrêter ici aux politiques. La conception d'une aristocratie, fondée sur la conservation des grands patrimoines terriens et constituant un contre-poids utile des forces populaires, a pu hanter les hommes d'Etat de la Restauration ; elle ne peut plus aujourd'hui trouver de place que dans des spéculations purement académiques. Presque aussi négligeables sont les plaintes de ceux qui, plus moralistes que jurisconsultes, cherchent dans une liberté testamentaire plus étendue un moyen de restaurer l'autorité paternelle. Qu'on s'en félicite ou qu'on s'en lamente, l'autorité parentale n'est pas en progrès dans les législations modernes, qui, toutes ou presque toutes, ont plutôt tendance à la restreindre. Plus spécieuses, plus obstinées sont les objections économiques. Elles se diversifient d'ailleurs sans cesse et, à peine réfutées, reparaissent sous des formes renouvelées, qui nécessitent encore d'éternelles et, à la longue, fastidieuses réfutations. On sait assez quels sont les deux principaux reproches adressés au régime successoral du Code civil envisagé dans ses résultats économiques. D'abord, il nuit à la stabilité des exploitations rurales, industrielles, commerciales, auxquelles il impose un « état permanent de liquidation »; mettant obstacle à la transmission intégrale des petits patrimoines, il disperse, pulvérise, les fortunes en voie de formation. En second lieu, il préjudicie à l'expansion de la race, car il contribue, affirme-t-on, dans une large mesure, à l'abaissement de la natalité et, surtout, il affaiblit chez les enfants, assurés de recueillir, sans effort, leur part de l'héritage paternel, tout esprit d'initiative et d'entreprise. Le grand destructeur de la vitalité française, que tant de Français s'acharnent à représenter, eux-mêmes, comme cruellement déprimée, serait donc le Code civil !

Certes, il ne saurait être question de montrer, en quelques lignes, ce qu'il y a d'arbitraire et d'exagéré dans ces critiques aussi virulentes que

monotones. Qu'il nous suffise de constater que leurs infatigables auteurs ne sont pas parvenus à expliquer comment des pays doués d'un régime successoral identique, la Belgique par exemple, présentent des symptômes démographiques diamétralement opposés à ceux que l'on croit relever en France, tandis que des pays où la liberté testamentaire est plus large, comme l'Espagne et l'Italie, accusent une dépression économique incontestablement plus accentuée que la nôtre (1). On n'a pas davantage expliqué par quel phénomène d'auto-suggestion les Français de l'avenir feraient un large usage de la quotité disponible élargie qu'on propose d'instituer, alors que les Français d'aujourd'hui utilisent à peine la quotité disponible du Code civil, quotité, somme toute, assez forte encore, puisqu'elle est d'une part d'enfant, atteint parfois la moitié du patrimoine et n'est jamais inférieure au quart. Ce qu'il est intéressant de constater, après Tocqueville, c'est que les critiques dont on accable aujourd'hui le Code civil avaient été déjà formulées avant sa rédaction et qu'elles n'avaient pas ému le législateur. Le morcellement excessif et périodique du sol était déjà déploré par les Physiocrates. « Les Français, écrivait Arthur Young, sont allés beaucoup trop loin dans le partage des terres » (2), et cette appréciation pessimiste coïncidait avec celle de Boisguillebert, de Quesnay et de Necker. Ni les uns ni les autres ne soupçonnaient ce fait que l'érudition moderne a fait ressortir avec une évidence incontestable, que l'émiettement du sol avait été bien plus considérable encore au moyen âge. En réalité, du XV[e] au XVII[e] siècle, une tendance générale avait plutôt poussé à une reconstitution des grands domaines, reconstitution facilitée par cet émiettement même et par les facilités d'achat qu'il offrait aux capitalistes, tant il est vrai que « le morcellement des terres s'arrêtera toujours au point au delà duquel il deviendrait funeste (3) ». De même, on retrouverait les arguments chers aux partisans de la transmission intégrale des domaines agricoles dans la bouche de tel ou tel constituant, par exemple du député normand, Lambert de Frondeville, grand admirateur du privilège de masculinité. « Interrogez le cultivateur, s'écriait-il, il vous répondra que ses terres doivent appartenir après lui à ses garçons, parce que la charrue qui les a fertilisées a été conduite par leurs mains » (4). Il

(1) Les patries classiques de la liberté testamentaire sont l'Angleterre et les Etats-Unis. Or, dans les Etats de l'est de l'Amérique, pays de vieille civilisation et, par là, comparables avec le nôtre, la natalité n'est pas supérieure à celle de la France. Et à Londres, le chiffre des naissances a diminué considérablement dans ces dernières années. Il était de 133,062 en 1893. En 1898, il est descendu à 130,906. Et cependant, pendant ce même laps de temps, l'émigration a porté la population de Londres de 4,340,000 âmes à 4.613,812.

(2) V. TOCQUEVILLE, *l'Ancien régime et la Révolution*, liv. II, chap. 1[er].

(3) D'AVENEL, *La fortune privée à travers sept siècles*, p. 269, 270.

(4) *Arch. parl.*, 1[re] série, t. XXIV, p. 48, 49.

n'est pas jusqu'au fameux mot, si souvent répété dans les discussions sur la natalité française : « L'Ancien Régime faisait des fils aînés, le nouveau régime fait des fils uniques », qui n'apparaisse comme la transposition d'une phrase prononcée à l'Assemblée Constituante. « Peut-être serait-il à craindre, lisons-nous, en effet, dans un discours de Cazalès, que dans un siècle où l'on calcule et les devoirs les plus sains et les plaisirs les plus doux de la nature, cette part qu'on serait obligé de donner à ses cadets ne les empêchât de naître » (1). Les auteurs du Code civil n'ont donc pas procédé à l'aveugle; ils ont été avertis, ils ont passé outre; ils ont cru que le principe de l'égalité entre les cohéritiers tel qu'ils l'établissaient, en admettant qu'il poussât à la division parfois excessive des fortunes, aurait cet avantage social incontestable, et suffisant pour racheter tous les inconvénients, de multiplier le chiffre des possédants, de répartir sur un plus grand nombre de têtes les bénéfices d'une organisation sociale fondée sur la propriété privée et sur la liberté de l'individu. L'avenir a montré que leur calcul n'avait pas été trompé. Le chiffre des propriétaires fonciers, chiffre déjà élevé avant la Révolution, puisqu'il n'était pas alors inférieur à 4,600,000, — s'est élevé, depuis, à 8,500,000 (2). Un effort agricole admirable a, dans l'espace d'un siècle, mis en valeur, converti en labours, prés, vignes et jardins, 8 millions d'hectares de sol inculte (3). Et, à la suite de la crise la plus redoutable que la France ait traversée depuis la Révolution, on put rendre ce témoignage au régime du Code civil, que, si le licenciement de l'armée s'opéra facilement, en 1816, devant l'Europe inquiète, l'honneur en revint surtout au développement de la petite propriété et aux débouchés qu'elle offrait à l'énergie nationale (4).

Cependant, et par cela même que la situation économique et sociale du pays s'est transformée en un siècle, il est incontestable qu'on pourrait, aujourd'hui, modifier sans inconvénients, et même avec avantage, certains détails du régime qui ont pu avoir leur utilité naguère et qui ne l'ont plus, à l'heure actuelle, ou ne la présentent plus qu'à un degré beaucoup moindre. Déjà la jurisprudence, la législation ont renversé ou tourné certains des obstacles élevés par les préoccupations égalitaires de 1804 contre la volonté des testateurs. En ce qui concerne la jurisprudence, nous citerons

(1) *Arch. parl.*, 1re série, t. XXIV, p. 571.

(2) Il importe d'ailleurs de reconnaître que cet accroissement n'est pas dû pour le tout, ou peut-être même, pour la plus grande part, au régime successoral du Code civil. Bien d'autres causes y ont contribué, comme la mise en vente des biens nationaux (Loutschisky, *La petite propriété en France avant la Révolution et la vente des biens nationaux*).

(3) V. l'article de M. Fournier de Flaix, dans l'*Economiste français* du 26 octobre 1901.

(4) V. le discours de Pasquier à la Chambre des Pairs, dans la séance du 24 mars 1826, *Arch. parl.*, 2e série, t. XLVI, p. 474.



d'abord l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1863 (1), qui, en inaugurant la théorie, depuis constamment appliquée, des conditions envisagées comme *cause impulsive et déterminante* de la libéralité, a réduit à peu près à néant l'effet de l'article 900 du Code civil. Bien plus significative encore est la pratique judiciaire en matière de substitutions. Depuis que la Cour de cassation a admis la validité du procédé consistant, chez un testateur, à faire un double legs conditionnel, l'un au profit d'un légataire (qu'on pourrait qualifier de *grevé*) sous la condition résolutoire de son prédécès, l'autre au profit d'un autre légataire (que nous intitulerons *appelé*) sous la condition suspensive de sa survie (2), la prohibition des substitutions est, sinon entièrement effacée, du moins considérablement atténuée. Nous sommes loin, en tout cas, de l'époque où le député Malès déclarait qu' « il n'est pas possible que, dans une constitution libre, on laisse subsister le monstre des substitutions » (3). Et la loi du 24 mars 1898, qui attache aux legs, en faveur d'un cohéritier, la présomption d'une dispense tacite de rapport, marque évidemment chez le législateur une pareille tendance à se libérer des conceptions exagérément étroites qu'avait inspirées à nos pères la passion de l'égalité successorale.

Bien d'autres réformes sont demandées auxquelles souscriraient volontiers les partisans les plus convaincus du système du Code civil. Il en est sur lesquelles, on peut le dire, on n'attend plus qu'une intervention législative, singulièrement facilitée déjà par un long travail de déblaiement doctrinal. Faut-il citer la nécessité implacable du partage en nature, tel que l'organisent les articles 826, 827, 832 du Code civil, chaque héritier ayant droit dans les partages judiciaires (4), non seulement à une part égale, mais à une même quantité de biens de chaque espèce? La limitation excessive des conventions d'indivision, la prohibition, aujourd'hui peu explicable, des arrangements de famille en vue du règlement des successions futures, voilà encore plusieurs règles de détail qui pourraient faire l'objet d'une revision utile. Loin d'affaiblir le principe de l'égalité, ces diverses corrections en renforceraient l'effet pratique, puisqu'elles permettraient à chaque héritier d'obtenir sa part héréditaire sous la forme

(1) D. P., 63, 1, 429; S., 64, 1, 269.

(2) Cass., 19 mars 1873, D. P., 73, 1, 55; S. 74, 1, 5. Cf. Cass., 18 juin 1873, S. 74, 1, 5, avec la note de M. Labbé.

(3) *Arch. parl.*, 1re série, t. 24, p. 601.

(4) Le partage judiciaire étant imposé chaque fois qu'il y a des successibles mineurs ou absents, il est bon de faire observer que les critiques soulevées par les résultats pratiques du Code s'attachent moins au régime successoral lui-même qu'à un trait du système de protection organisé en faveur des incapables. Il est certain que la règle de l'article 819, écrite pour protéger les mineurs, se retourne le plus souvent contre eux. C'est une démonstration de plus de ce fait incontestable que la protection légale des mineurs est l'une des parties manquées du Code civil.

et au moment qui seraient le plus favorables à son utilisation. Ces *desiderata* n'enlèvent rien, au surplus, aux mérites du régime successoral établi par le Code civil. Car il est à remarquer que les exagérations de nature à nécessiter une réforme sont imputables moins aux auteurs du Code qu'à l'interprétation dont leur pensée a été l'objet de la part des tribunaux. Rien ne serait plus propre à faire redouter la vanité des espoirs mis en la jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'adapter la loi aux nécessités sociales, toujours en voie de transformation, que le tableau de ses incohérences en matière d'égalité successorale. Cette jurisprudence, que nous avons vue libérale et novatrice à propos des substitutions, s'est au contraire montrée étroite et rétrograde à propos de l'égalité des partages. C'est elle qui, des deux parties de l'article 832, l'une recommandant d'éviter de morceler les héritages et de diviser les exploitations, l'autre portant que chaque héritier doit recevoir une même portion de meubles et d'immeubles, a fait prévaloir fâcheusement la deuxième ; c'est elle encore qui, lorsque l'article 827 écarte la nécessité du partage en nature au cas où l'immeuble héréditaire *ne peut pas se partager commodément*, a entendu qu'il s'agissait seulement d'une impossibilité matérielle, alors que le texte aurait si facilement pu s'appliquer à tous les cas d'incommodité économique, et sauver ainsi du morcellement tous les héritages dont la division risque de diminuer sensiblement la valeur. C'est elle enfin qui, nonobstant les protestations de la doctrine, a presque rendu illusoire l'institution des partages d'ascendants, en leur étendant contre toute raison, et cela sans même distinguer entre les partages par donation et les actes de dernière volonté, les prescriptions des articles 826 et 832. De ces exagérations radicales du principe, bon en soi, et en tout cas profondément national, de l'égalité des partages, le Code civil ne saurait évidemment être rendu responsable. Le jour où la jurisprudence (chez laquelle on a pu d'ailleurs signaler dans ces derniers temps certains revirements heureux) (1) se décidera à consacrer des solutions plus pratiques, notamment en matière de partage d'ascendants, elle ne fera, en définitive, que revenir à l'esprit véritable de la loi et aux intentions clairement exprimées par ses auteurs dans les travaux préparatoires (2).

(1) Par exemple, on valide aujourd'hui le procédé, consistant de la part de l'ascendant donateur, à user de la quotité disponible pour empêcher ses descendants, au moyen d'une clause pénale, d'attaquer le partage pour violation des articles 826 et 832 (V. Pacaud, *Des partages d'ascendants comme moyen d'éviter la dispersion de la petite propriété paysanne*). Il est juste de signaler également la disposition de la loi de finances du 25 février 1901, qui fait bénéficier les partages d'ascendants d'un tarif fiscal de faveur.

(2) Rien de plus clair, en effet, que la pensée des rapporteurs Maleville, Bigot-Préameneu, Jaubert. Tous voient dans le partage d'ascendants, un moyen pratique d'éviter le morcellement et de réaliser un partage par attribution. Particulièrement significatif est le langage de Bigot-Préameneu. On y rencontre, à l'avance, les arguments favoris des

Que la jurisprudence se réforme donc elle-même et que le législateur, s'il en est besoin, la ramène à une plus saine interprétation de la loi. Tel doit être notre vœu, telle doit être la tâche d'aujourd'hui. Demain peut-être, on pourra pousser plus loin. Après tout, si la campagne depuis si longtemps menée en faveur d'un élargissement de la quotité disponible devait aboutir à une légère extension des chiffres du Code civil, les grandes lignes de notre régime n'en seraient pas sensiblement altérées (1). Parmi les auteurs du Code civil, certains, tels que Bigot-Préameneu, Maleville, Portalis, s'étaient montrés partisans d'une faculté de disposer plus considérable et leur opinion avait reçu l'appui de plusieurs des tribunaux d'appel que l'on avait consultés. Mais n'y aurait-il pas mieux à faire que de revenir purement et simplement à leur opinion et que d'instituer en faveur de tous les pères de famille français, sans acception de circonstances et quelles que soient la composition de leur fortune et celle de la famille, une faculté uniforme que la grande majorité d'entre eux semble loin de réclamer? Nous ne le pensons pas. Et, à notre avis, tout différent devrait être l'objectif des réformateurs futurs. Qu'il nous soit permis de l'indiquer en quelques mots.

La législation révolutionnaire, dont le Code civil est le dernier écho, avait une grande œuvre à accomplir: c'était de réaliser l'unité du droit français. Mais, en passant sous un niveau uniforme la multiple diversité des coutumes antérieures, elle ne se préoccupait pas seulement d'affirmer et de consacrer définitivement l'unité nationale; elle obéissait aussi à cette passion de justice absolue, qui est celle de la philosophie du XVIIIe siècle. Elle a voulu, suivant la parole d'un des plus grands révolutionnaires (2), « renoncer à cette politique astucieuse et fausse qui, oubliant que les hommes tiennent des droits égaux de leur nature même, voulait mesurer l'étendue de ceux qu'il fallait leur laisser sur la grandeur du territoire, sur la température du climat, sur le caractère national, sur la richesse, sur le degré de perfection du commerce et de l'industrie ». Nos

---

partisans de la transmission intégrale: « ... Le père peut éviter les démembrements, conserver à l'un des enfants l'habitation qui pourra continuer à être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles;... la division égale des biens détruit les petites fortunes;... un petit héritage coupé en parcelles n'existe plus pour personne; si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille, etc... ».

(1) L'auteur de cette étude, quoique partisan, en principe, du maintien du système actuel, a lui-même indiqué une hypothèse dans laquelle une légère extension du disponible pourrait être acceptée. V. *La natalité française et les lois successorales*, Grande Revue 1903, p. 550. D'une façon générale cependant, la liberté testamentaire semble suffisante dans sa mesure actuelle. M. THALLER (*La jurisprudence de l'assurance sur la vie et la quotité disponible*), a montré comment la pratique des assurances sur la vie permet, dans les cas où cela paraît vraiment nécessaire, d'assurer à un enfant un préciput appréciable.

(2) CONDORCET, *Tableau des progrès de l'esprit humain*, 9e époque.



pères n'ont pas entendu légiférer pour tels et tels Français, ni même pour les seuls Français, mais pour l'humanité, pour le *citoyen*. De là leur culte presque superstitieux pour le *droit commun*, sentiment qu'on retrouve encore si développé chez tant de jurisconsultes de l'âge qui a suivi. Or il semble que, de nos jours, un tel amour de l'uniformité, cet avantage qui « séduit quelquefois les grands esprits et touche infailliblement les médiocres », s'achemine vers son déclin. On ne croit plus guère au ourd'hui au droit naturel, tel du moins qu'on l'entendait à l'époque de l'Encyclopédie. On a compris que le *citoyen* n'est peut-être qu'une entité chimérique, derrière laquelle il y a, en réalité, des ouvriers et des paysans, de grands propriétaires et des petits, des capitalistes et des prolétaires. Chacun de ces groupes, vivant dans des conditions différentes, ne peut se plier aux mêmes règles. Le Droit, comme toutes les sciences, doit être une reproduction systématique de l'un des aspects de la nature; il lui faut donc se modeler, autant que possible, sur son infinie complexité (1). Et les successions sont peut-être la partie du droit patrimonial, du « droit économique », sur lequel doivent influer le plus les considérations nées de la variété des besoins et des habitudes. Très sagement, les rédacteurs du Code civil allemand l'ont compris; aussi ont-ils réservé pour les législations locales la possibilité de légiférer sur la matière de l'*Anerbenrecht*. Il serait à désirer que le législateur français pût, un jour, faire son profit de cet exemple fécond.

Chose éminemment remarquable, une évolution en ce sens ne serait nullement contraire à la pensée des auteurs les plus marquants du Code civil. A maintes reprises, on trouve dans leurs discussions cette idée que le même droit successoral ne convient peut-être pas à toutes les régions, au Midi, habitué à la liberté testamentaire, comme au Nord égalitaire, aux régions de grande comme aux pays de petite culture, aux montagnards pyrénéens comme aux fermiers beaucerons, aux vastes fortunes comme aux modestes patrimoines. Une voix s'élève parmi eux pour repousser « la trop grande division des fortunes modiques, qui met fin à leur existence, surtout si elle entraîne la vente de la maison paternelle, qui en est, pour ainsi dire, le point central ». Cette voix est celle du premier Consul, qui propose, en conséquence, de ne restreindre la quotité disponible au delà de la moitié que pour les fortunes au-dessus de 100,000

(1) Cependant des protestations se font encore entendre de temps à autre. V. notamment Paul Leroy-Beaulieu, *Le privilège et la législation spéciale à propos des habitations populaires*, dans l'*Economiste français* du 9 juillet 1892 : « ... Il est incontestable, écrit non sans amertume l'éminent économiste, qu'avec la méthode actuelle, dans un quart de siècle ou un demi-siècle, le droit commun sera devenu un vain mot; il n'existera plus que des droits divers, reposant sur des lois spéciales, en un mot des privilèges ».



francs (1). Si ces opinions ne furent pas adoptées alors, — et elles ne pouvaient pas l'être à une époque où le besoin d'une codification rigide s'imposait évidemment, — les circonstances ne sont plus les mêmes de nos jours, et rien n'empêcherait que l'on revînt aujourd'hui à une plus grande diversité. Déjà, la nature, les habitudes séculaires, plus fortes parfois que la loi même, ont perpétué, dans les diverses régions françaises, des coutumes successorales différentes, dont un érudit allemand, le docteur de Brandt, faisait, il y a quelques années, ressortir la riche variété (2). Est-il besoin de rappeler les pratiques usitées chez les Basques, pratiques si souvent et si complaisamment décrites par Le Play et par ses disciples? Le législateur de demain devra, à notre avis, s'inspirer des leçons qui se dégagent de ces faits. D'ailleurs nous sommes déjà entrés dans cette voie avec la loi du 30 novembre 1894, dite loi Siegfried, sur les habitations à bon marché, loi dont l'importance sociale est tout à fait hors de proportion avec son effet immédiat. Cette loi, chacun le sait, permet de déroger aux articles 815, 821, 832, etc., du Code civil, non pas dans tous les cas, mais seulement dans les successions comprenant une habitation à bon marché : elle pourrait être avantageusement suivie de dispositions conçues dans le même esprit, permettant, suggérant même aux volontés individuelles, les combinaisons testamentaires ou les procédés de partage qui assureraient, selon les cas, la conservation intégrale de l'usine, celle de l'exploitation de commerce, celle de l'atelier rural. Mieux que la diversité suivant les régions, difficile à admettre en ce pays si fortement concentré, mieux que la diversité suivant le chiffre de la fortune, la diversité des règles successorales suivant la composition du patrimoine, pourvu qu'elle se concilie avec le maintien scrupuleux du régime de l'égalité, répondrait à tous les besoins et, après un

(1) V. Fenet, t. XII, p. 268, 318, 533. Il est, on le voit, absolument inexact de prêter à Napoléon, comme on l'a fait souvent, le noir dessein d'anéantir les fortunes privées, à l'aide du régime successoral du Code civil, afin d'asseoir son despotisme sur une « poussière d'individus ». Cette affirmation est une pure légende. Et la fameuse lettre du 5 juin 1806 au roi de Naples, lettre si copieusement citée et commentée, s'explique d'elle-même par sa date, qui la fait coïncider avec l'établissement des premiers grands fiefs, institués par l'Empereur au profit des membres de sa famille ou de dignitaires impériaux. Napoléon a voulu seulement parler des patrimoines aristocratiques et indiquer au roi Joseph l'utilité de ne pas laisser se créer de grandes familles, en dehors de celles qu'il aurait lui-même investies et dotées. C'est là un point, qu'après M. Brentano, a fait ressortir M. Verdelot, dans sa remarquable thèse de doctorat, *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*. Paris 1899.

(2) A. de Brandt, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale* (trad. de M. Régnier) avec une préface de M. G. Blondel. Les conclusions de cet ouvrage, d'une très riche et très judicieuse documentation, sont d'ailleurs remarquablement modérées. M. de Brandt ne réclame pas la liberté testamentaire, mais seulement, comme nous-même, la revision des règles du Code civil sur l'égalité des partages en nature (V. p. 327 et s.).



siècle, aux desiderata mêmes de certains des auteurs du Code civil. Rendre la loi plus *scientifique*, l'imprégner de vie, l'adapter à la complexité des situations sociales, c'est là un idéal qu'on peut poursuivre de différentes façons. Les uns préconisent une plus large extension des pouvoirs du juge, une plus grande hardiesse dans la jurisprudence. D'autres restent défiants devant l'omnipotence de l'équité judiciaire, fût-elle éclairée par des préoccupations scientifiques, et regardent comme un des bienfaits de la Révolution d'avoir enfermé le juge dans son rôle d'interprète respectueux des textes; ces derniers estimeront sans doute que le résultat cherché peut être atteint par le législateur s'il se fait plus réaliste, plus observateur des faits, et sait conférer à la législation toute la souplesse et toutes les nuances de la vie.

V

Le testament, l'égalité des partages, ces idées dominent et commandent toute la matière des successions. Il convenait donc de leur donner la première place dans une esquisse de l'histoire de notre régime successoral au cours du siècle qui a suivi la promulgation du Code civil. Pour ce qui est de la dévolution *ab intestat*, il n'y a que peu de choses à en dire, par la raison, déjà indiquée plus haut, que le système du Code n'a pas, dans son ensemble, soulevé de bien vives critiques, et qu'il est promptement entré dans les mœurs de la nation. Les réformes, déjà réalisées ou projetées dans cet ordre d'idées, ont porté ou doivent porter seulement sur la vocation de certains successibles, considérés par le législateur de 1804 comme non compris dans le cercle de la famille, l'enfant naturel, le conjoint, l'Etat.

Nous n'insisterons pas longuement sur la question des droits des enfants naturels et sur la loi du 25 mars 1896, qui a très sensiblement étendu ces droits. Ce point touche au problème si complexe et si grave du mariage et de l'union libre, à l'organisation des familles plutôt qu'à celle de l'hérédité. Ce qu'il suffit de dire, c'est que la loi de 1896 est dans la logique du Code civil, de même que celui-ci n'a fait que suivre les errements et, croyons-nous aussi les erreurs, du Droit intermédiaire. Loin de chercher ici un appui dans les traditions juridiques de l'ancienne France, les Assemblées révolutionnaires, insoucieuses des distinctions naturelles et rationnelles qui s'imposeront tôt ou tard, avaient cru devoir faire entrer l'enfant illégitime dans la famille et dans l'hérédité, innovation audacieuse et contestable, au moins lorsqu'il s'agit d'enfants qui n'ont pas été reconnus volontairement. Le Code civil est parti de la même idée; il a conféré à l'enfant naturel des avantages dont la rançon a été l'odieux article 340, interdisant la recherche de la paternité. Encore n'a-t-il pas eu le mérite de la logique ; désireux de maintenir la supériorité sociale de la

famille régulière, il a placé l'enfant illégitime dans une situation inférieure et, nominalement à tout le moins, hors du cadre des héritiers proprement dits. Tempérament illusoire et qui ne pouvait tenir devant des revendications empreintes parfois de quelque sentimentalisme, mais logiques après tout, et généreuses. Il est clair que, si l'on voit dans la successibilité un résultat de la filiation, une conséquence des liens du sang, il n'y a pas de raison pour que l'enfant naturel ne soit pas un héritier comme les autres, avec des droits identiques. Si donc l'on ne revient pas à une conception plus exacte de la famille, à une notion précise des devoirs et des droits qui s'attachent au fait de la procréation, il est à craindre que la loi de 1896 ne fasse que marquer une étape vers l'assimilation complète avec les enfants légitimes, vers un régime analogue à celui de la loi du 12 brumaire an II (1).

Il convient d'insister un peu plus sur la situation faite au conjoint survivant, parce que la règle de l'article 767 ancien a été très souvent présentée comme une lacune du Code civil, lacune d'autant plus grave qu'elle résulterait d'une surprise, d'une sorte d'escamotage législatif. « Les droits du conjoint survivant, a-t-on écrit, ont été oubliés, ils ont été omis par mégarde, voilà le mot exact, le mot rigoureusement historique » (2). Et l'on connaît assez l'histoire de la bévue commise par Treilhard à la séance du conseil d'Etat du 5 nivôse an XI ; l'orateur confondit alors l'usufruit accordé aux père et mère dans la part des collatéraux simples de l'autre ligne avec un droit de survie pour le conjoint, et il put ainsi affirmer, en réponse à Maleville, que le projet avait pourvu au sort de l'époux survivant. La vérité est que, si l'erreur de Treilhard reste incontestable, il n'est nullement prouvé que cette erreur ait déterminé le vote du projet. En accordant au conjoint la vocation à l'hérédité, à défaut du dernier successible du sang, l'article 767 primitif était conforme à la tradition de l'ancien Droit, qui, à peu près partout, en était arrivé dans son dernier état, à déférer à l'époux, de préférence au fisc, les successions dépourvues d'héritiers. En revanche, en n'allant pas plus loin et en n'accordant pas au conjoint d'autre droit successoral, le Code civil ne faisait que se conformer au précédent des lois révolutionnaires. Beaucoup de

(1) Il est à remarquer que la loi de 1896 reproduit, à peu près, le plan tracé par Cambacérès dans le premier rapport adressé par lui à la Convention, le 4 juin 1793, rapport qui fit décider, en principe, l'admission des enfants nés hors mariage à la succession. Cambacérès proposait de « placer dans la famille les enfants nés de personnes libres, *presque* au même rang que les enfants légitimes ». Dans le premier projet donc, ils devaient exclure les collatéraux et, en présence d'enfants légitimes, prendre tantôt la moitié, tantôt le tiers, de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes (V. VALLIER, *op. cit.*, p. 220, 221). C'est, à peu près, la solution des articles 758, 760, du Code civil, tels que les a modifiés la loi de 1896.

(2) VIOLLET, *Histoire du Droit civil français*, 2e éd., p. 812.

conseillers d'Etat, de tribuns, de députés, avaient voté ces lois comme conventionnels ou comme constituants. Comment, dès lors, soutenir qu'ils ne surent pas ce qu'ils faisaient en adoptant l'article 767, qui en était la reproduction? Loin que le conjoint survivant ait été oublié, « omis par mégarde », le Code civil s'en est occupé en maint endroit. C'est ainsi que les articles 1465, 1481, 1492, 1566, 1570 établissent, au profit de la veuve, un véritable petit douaire mobilier. Cependant, fait-on remarquer, le Droit coutumier organisait le *douaire* de la veuve. Sans doute, mais cet avantage s'expliquait aisément dans une législation qui, soit en vertu de textes formels, soit en vertu de pratiques courantes, n'accordait aux femmes que des droits successoraux restreints. L'institution ne devait-elle pas disparaître avec les raisons qui l'avaient expliquée? En somme, les deux époux placés par le Droit nouveau sur un pied de complète égalité, ont acquis ainsi la situation qui était celle du mari dans l'ancien Droit français. Or, le mari n'avait pas de douaire; certaines coutumes seulement lui accordaient quelques gains de survie peu importants. La pensée, bonne ou mauvaise, des auteurs du Code civil a été qu'il appartient aux époux, par leurs conventions librement débattues avant le mariage, de régler leurs intérêts pécuniaires respectifs, et, en cas d'inégalité dans les fortunes, d'assurer le sort du survivant. Dans cet ordre d'idées, la loi leur accorde la latitude la plus grande. Les avantages de fait qu'ils peuvent s'accorder sous forme de préciput, d'attribution de parts inégales dans la communauté ou même d'attribution de la totalité de la communauté à l'un d'entre eux ou au survivant, sont soustraits à la réglementation des actes de libéralité. Bien plus, la loi permet les donations entre époux au cours du mariage. A tort ou à raison, les auteurs du Code civil devaient croire que tout cela suffirait, et il n'y a pas besoin d'invoquer la distraction de Treilhard pour expliquer leur attitude. Cette observation faite, on peut d'ailleurs reconnaître que la loi de 1891, fâcheuse par certains détails, par exemple en ce qu'elle tend à multiplier les usufruits, variété de droits réels économiquement peu recommandable, n'en a pas moins été bien accueillie par l'opinion. Il ne pouvait en être autrement. La tendance de la législation, pendant tout le siècle dernier, n'a-t-elle pas été d'élargir, à toute occasion, les droits du conjoint survivant? Droits des veuves sur les pensions civiles et militaires, droits du conjoint sur la propriété artistique et littéraire, droit spécial sur les concessions des déportés, tous ces avantages s'accumulent et viennent aujourd'hui grossir la situation d'un conjoint survivant, fût-il riche par lui-même, à qui son contrat de mariage taille déjà peut-être une part léonine dans le patrimoine conjugal. L'avenir dira, nous sommes parfois tentés de le croire, qu'il y eut un certain excès dans ce mouvement général, si louable qu'il ait été dans son principe, et nous assisterons peut-être un jour à quelque chose

comme à la réhabilitation du vieil article 767 du Code civil. Si l'on tient compte de ce fait attesté par les statistiques que le nombre des veuves dépasse de beaucoup celui des veufs, si l'on remarque aussi que la grande majorité des producteurs, des créateurs de richesses nouvelles, industriels, écrivains, artistes, appartient au sexe masculin, on constatera que les femmes de la bourgeoisie sont, dans une certaine mesure, les *enfants gâtés* de la loi moderne. Le contraste est frappant et un peu douloureux si l'on compare leur sort à celui des femmes des classes non possédantes, puisque celles-ci, dépourvues de toute espérance successorale, attendent encore les dispositions protectrices, vainement réclamées par l'opinion, qui doivent leur assurer au moins la sauvegarde de leurs salaires.

Après les enfants naturels et le conjoint, le Code civil appelle l'Etat comme dernier successeur irrégulier. On propose aujourd'hui d'augmenter la portée de cette vocation en restreignant au sixième ou au quatrième degré la liste des parents appelés à recueillir la succession. A mesure que les fonctions et par conséquent les charges de l'Etat augmentent, il est naturel qu'on cherche à lui créer de nouvelles ressources. Les successions en fourniraient, soit qu'on élève les droits de mutation comme l'a fait, dans une si large mesure déjà, la loi de finances de 1901, soit qu'on institue au profit de l'Etat, ou de tel ou tel service public dépendant de lui, un droit successoral *ab intestat* plus étendu que celui dont il bénéficie actuellement. Ce n'est pas ici que nous pouvons examiner si une telle innovation justifierait, au point de vue financier, les espérances dont elle se recommande. Ce qui nous paraît certain, c'est que, sous cette forme ou sous une autre, il faut s'attendre à ce que les besoins grandissants de la communauté et le sentiment, de jour en jour plus précis, des obligations de l'individu à son égard, suggèrent au législateur un remaniement du régime des successions conçu dans un esprit de solidarité sociale. Le jour où ce résultat, encore lointain, serait admis, marquerait sans doute une profonde transformation dans nos idées et dans nos mœurs. Nous osons dire que cette transformation ne serait pas en antagonisme absolu avec les conceptions directrices du Code civil. Nous ne nous attarderons pas à faire remarquer que le Droit révolutionnaire, comme l'ancien Droit, appelait la famille à l'infini, et sans nulle limitation, à recueillir l'hérédité, et que, dès lors, le Code civil, en restreignant au douzième degré la successibilité des parents légitimes, peut être considéré comme faisant déjà une place nullement négligeable au droit social en concurrence avec le droit familial. Nous n'analyserons pas non plus l'évolution, cependant si curieuse, de la jurisprudence qui a considéré d'abord le droit de l'Etat comme le résultat d'une appropriation, par déshérence, portant sur des biens vacants et sans maître, et qui semble incliner maintenant à voir dans

l'Etat un héritier (1). Ce qu'il est plus important d'indiquer, c'est le fondement que les auteurs du Code civil assignent au droit de succession. Or sur ce point aucune hésitation n'est permise. Les Portalis, les Bigot-Préameneu, les Siméon ne professent pas d'autre opinion que les philosophes du XVIIIe siècle, leurs ancêtres intellectuels. Si la propriété privée leur paraît de « droit naturel », l'héritage ne leur semble pas le corollaire obligé de la propriété privée, mais un simple expédient « de droit civil », ou encore « de droit politique », inspiré au législateur par des considérations économiques ou, comme dit Portalis, « par de puissants motifs de convenance et d'équité » (2). Ils répéteraient volontiers, après Mirabeau, que « les droits de l'homme, en fait de propriété, ne peuvent s'étendre au delà de son existence ». A la phrase si connue de Montesquieu : « La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers » (3), Siméon apporte la réplique suivante : « Aussitôt que nous mourons, tous les liens qui tenaient nos propriétés dans notre dépendance se rompent : la loi seule peut les renouer » (4). Cette opinion, professée par les hommes de 1804, exprime tellement bien une idée devenue courante et traditionnelle chez tous les jurisconsultes français, que nous la retrouverons chez leurs prédécesseurs comme chez leurs successeurs, chez les hommes de la Révolution, à quelque parti qu'ils appartiennent, comme chez les Pairs de la Restauration. C'est Cazalès qui, après Mirabeau, Tronchet, Robespierre, vient affirmer qu' « il est évident que les successions doivent être réglées d'après les principes du droit politique et civil » (5). C'est le marquis de Maleville et M. de Peyronnet qui, en 1826, empruntent leurs arguments à Montesquieu et à Rousseau pour justifier le droit du législateur à réglementer les successions en vue du résultat politique qu'il estime le plus avantageux (6). Ces idées, d'ailleurs, ne se maintiennent pas toujours dans une sphère purement spéculative : elles se traduisent parfois par des projets d'une hardiesse singulière. C'est ainsi que nous voyons l'ancien constituant Durand de Maillane, dans son plan de Code civil, proposer de faire à l'Etat une part dans les successions, en lui attribuant, en concours avec les parents les moins proches, une part variant du douzième à la totalité de l'hérédité (7). Et ce projet, a-t-on affirmé, fut à la

(1) V. l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 13 décembre 1901, S. 1902, 2, 38; D. P. 1902, 2, 177.
(2) FENET, t. I, p. 517.
(3) *Esprit des lois*, liv. XXIV, ch. 4.
(4) FENET, t. XII, p. 218.
(5) *Arch. parl.*, 1re série, t. XXIV, p. 571.
(6) VERDELOT, *op. cit.*, p. 621.
(7) VALLIER, *op. cit.*, p. 237.

veille d'être repris, bien des années ensuite, par le Gouvernement de Napoléon III (1)!

Nous pouvons conclure sur cette dernière constatation. Les auteurs du Code civil n'ont pas seulement élaboré un régime successoral positif, en harmonie avec l'état social et moral, avec les idées et les aspirations de la France de leur temps. On doit leur reconnaître, en outre, le mérite d'avoir presque toujours conçu, entrevu par avance, les réformes ou corrections qui suffiraient pour adapter ce régime aux besoins de la France d'aujourd'hui. Enfin, ils ont fait reposer toute leur œuvre législative sur une base rationnelle qui, philosophiquement bonne ou mauvaise, est, en tout cas, très propre à supporter, au besoin, les constructions de l'avenir. Il est à souhaiter que ceux qui reprendront un jour leur œuvre, s'inspirent encore de leur esprit et que, sachant allier la modération des solutions à la hardiesse de la pensée, ils se montrent ce que furent nos pères de 1804, idéologues audacieux et prudents législateurs.

(1) Coquille, *op. cit.*, p. 216. Nous n'avons pu contrôler cette assertion, dont nous ne pouvons que nous contenter de citer l'auteur. On peut rapprocher du plan de Durand de Maillane celui de Billaud-Varennes, dans ses *Eléments du républicanisme*, cités par M. Lichtenberger, *Le socialisme et la Révolution française*, p. 199.

Ambroise Colin.

Barthélemy TERRAT
Doyen de la Faculté libre de Droit de Paris

Du régime de la Propriété dans le Code civil

DU RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ DANS LE CODE CIVIL

Notre Code civil est, sans contredit, une œuvre fort remarquable et, si l'on se reporte à l'époque de sa confection, on est étonné de le trouver aussi parfait.

Je voudrais en étudier un seul titre, mais un titre important, celui de la propriété, et examiner brièvement comment il a compris et organisé ce droit de propriété, qui joue un rôle prépondérant dans la vie des peuples. Mais il me paraît utile de jeter auparavant un rapide coup d'œil d'ensemble sur ce Code, et de présenter quelques réflexions générales qui éclaireront le sujet que j'ai choisi et me permettront d'être plus court.

Il ne faudrait pas attribuer exclusivement à la Révolution l'unité de notre législation. Cette unité est l'œuvre de huit siècles de travail et d'effort. Il convient d'être juste pour les générations passées.

Au x[e] siècle, la France se trouve morcelée en plus de 360 coutumes différentes. Mais, si diverses qu'elles fussent, elles puisaient leurs éléments à quatre sources communes : 1° les vieilles coutumes germaniques; 2° le droit romain ; 3° le christianisme; 4° le droit féodal. Le travail des siècles a consisté, soit à augmenter, soit à dégager ce fonds commun qui était d'abord enfoui dans le chaos apparent de nos 360 coutumes.

Il est facile, en laissant de côté tous les faits secondaires, de tracer les grandes lignes de cette marche vers l'unité. Au xii[e] siècle, c'est l'étude du droit romain, renouvelée par l'Ecole de Bologne, qui suscite l'enthousiasme de nos vieux auteurs. Elle fait pénétrer de plus en plus dans les coutumes du Nord le droit romain qui devient, presque partout, le droit supplétif. Aux xiii[e] et xiv[e] siècles, des jurisconsultes de réelle valeur, et parmi eux, Beaumanoir, le plus grand de tous, dégagent déjà dans leurs ouvrages les principes communs des pays au nord de la Loire. Au xv[e] siècle, le travail colossal de la rédaction officielle de nos coutumes a une importance sans égale pour l'unification de notre droit, car il permet aux légistes de comparer entre elles toutes ces coutumes désormais rédigées par écrit. Au xvi[e] siècle, les écrits de notre immortelle école française montrent déjà comment pourrait se réaliser cette unité. Aux xvii[e] et xviii[e] siècles, d'une part, les Ordonnances royales touchent plus largement au droit civil, et édictent des règles générales applicables à toute la France; d'autre part, les œuvres de deux hommes, Domat et

Pothier, peuvent être regardées comme une préface du Code civil. Aussi, dès le xv[e] siècle, commencent à se manifester des désirs, des vœux officiels, même des tentatives de codification, sous Louis XI, sous Henri III, dans nos états généraux. Brisson et Michel de Marillac tentent des essais de codification partielle. Dumoulin donne le plan d'un projet de Code parfaitement approprié aux pays coutumiers. Colbert, Lamoignon, d'Aguesseau reprennent la même idée. Ces tentatives étaient prématurées : mais le jour où la Révolution eut aboli les derniers vestiges du régime féodal, cette unité, entrevue et préparée depuis longtemps, put être facilement réalisée. Elle était la simple conclusion d'un travail de huit siècles.

Loin de moi la pensée de vouloir, par là, rabaisser la gloire des auteurs du Code civil! Ils ont eu le bon sens de comprendre *que le temps seul fait les Codes*, comme le disait Portalis, et qu'on ne les improvise pas. Si l'on se reporte quelques années seulement avant le Code civil, si l'on songe aux illusions qui régnaient alors, on avouera qu'il y avait certain mérite à s'inspirer de cette idée qui nous paraît banale aujourd'hui. L'opinion rêvait, en effet, un Code composé de quelques articles seulement, articles qui seraient gravés dans l'âme des citoyens, que tous sauraient par cœur, et qui seraient assez clairs pour rendre inutiles les gens de loi. Il lui fallait une société nouvelle, créée de toute pièce, sans racine dans le passé. Qu'on lise simplement les rapports de Couthon et de Barrère, les vues de Camille Desmoulins (*Moniteur* du 13 prairial et du 20 fructidor an II, — du 26 août 1893), les trois projets successifs de Cambacérès, faits pour donner satisfaction aux utopies du jour, et on sera plus porté encore à admirer le Code civil, qui a repoussé ces rêveries irréalisables, ces dangereuses expérimentations sociales. Portalis, avec un merveilleux bon sens, a fait justice, dans son *Discours préliminaire*, de toutes ces chimères : et de l'esprit révolutionnaire qui sacrifierait les droits à un but politique (Locré, I, 154) (1), et du désir impossible de tout simplifier (Locré, I, 155), ou de mettre le Code à la portée de tous (Locré, I, 157), et de la folie de rompre complètement avec le passé (Locré, I, 154 et 163). C'était déblayer le terrain de toutes les mauvaises herbes, et le rendre propre à recevoir la bonne semence.

On peut ramener à trois les principes qui ont guidé les auteurs du Code civil : 1° ils ont voulu conserver du passé tout, ou presque tout ce qui n'était pas incompatible avec les principes nouveaux posés par la Constituante, car ils ont rejeté les exagérations de la Convention ; 2° pour établir l'unité, ils ont dû opérer une transaction entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers, et, par suite, faire des emprunts aux uns

1. Pour Locré je cite l'édition de Bruxelles de 1836.

et aux autres. Ajoutons que dans ces emprunts ils ont fait plus large part aux pays coutumiers; 3° enfin, ils ont sanctionné, dans l'ordre civil, les grandes réformes qui découlaient de l'abolition du régime féodal.

Quel est donc le vrai caractère, le caractère dominant, de notre droit français? Je répondrai que c'est le caractère empreint sur la plupart des grandes œuvres du génie français, l'impersonnalité, ou plutôt l'humanité, en donnant à ces mots un sens élevé et spécial. Notre droit n'a rien d'exclusivement propre à une race; il semble fait pour l'homme en général. Il n'a rien d'exclusivement national. Est-ce une qualité ou un défaut? Je ne sais. Mais, qualité ou défaut, il puise dans ce caractère distinctif une force singulière d'expansion, un germe de vitalité universelle. Les peuples étrangers des pays les plus divers n'hésitent pas à l'adopter. Chose plus rare, ceux auxquels il avait été imposé par la conquête, l'ont gardé après avoir recouvré leur liberté; ils l'ont préféré à leurs anciennes lois nationales. En cet ordre d'idées encore nous jouons le rôle de vulgarisateurs et d'initiateurs.

Tout contribue, d'ailleurs, à favoriser cette vertu d'extension de notre Code. Au point de vue social, il consacre le principe de l'égalité de tous devant la loi; il n'est point hostile à l'étranger. Dans la famille, il établit entre les divers membres une réciprocité de droits et de devoirs, et vient au secours du faible et de l'incapable. Dans les conventions, il proclame la liberté des parties : il fait de la bonne foi la règle dominante de toute interprétation; il n'exige que par exception des formes solennelles. Il est donc hautement spiritualiste, et on ne peut prendre au sérieux la boutade de Renan, que le Code de la Révolution semble avoir été fait pour quelqu'un qui naîtrait enfant trouvé et mourrait célibataire.

Est-ce à dire que ce Code soit parfait, qu'il y faille voir une arche sacro-sainte, à laquelle il serait interdit de toucher? — Nullement. D'ailleurs, eût-il été parfait lors de sa confection, il ne le serait plus aujourd'hui. Une législation, en effet, ne peut rester stationnaire, ni se pétrifier en quelque sorte, c'est une matière vivante, qui doit se transformer, se plier aux besoins nouveaux, et se modifier avec les modifications d'un peuple. Ce qui le prouve, c'est que le Code civil a subi depuis sa confection, soit en France, soit chez les nations voisines qui l'ont adopté, notamment en Belgique et en Italie, de nombreuses et utiles réformes.

Mais la critique peut aller plus loin et montrer qu'il n'était point parfait, même à son origine. C'est le propre des œuvres humaines. Il serait facile de signaler des lacunes, des défaillances. Par peur du scandale, il a parfois méconnu le droit et affaibli le principe de la responsabilité, ce pivot des législations saines et fortes. C'est ainsi qu'il a supprimé la recherche de la paternité et l'exhérédation pour juste cause, etc. A quoi

bon insister? Malgré ces imperfections, il n'en reste pas moins une œuvre de premier ordre.

Quand on veut juger sainement une institution passée, il faut toujours rechercher à quoi elle succédait, et se demander si elle n'était pas la meilleure que les hommes de ce temps-là pussent supporter. A propos de notre législation civile, l'histoire répondra que, dans l'état où se trouvaient les esprits à la fin du XVIIIe siècle, il était, sinon impossible, du moins fort difficile, aux auteurs du Code civil de faire mieux. Comme on l'a très bien dit : notre Code civil est humain. Il est humain en ce sens qu'il repose plus sur la qualité d'homme que sur la qualité de Français ou de citoyen. Si on peut le regretter à certains points de vue, il n'en faut pas moins reconnaître que c'est là un principe de force expansive. Il porte encore en lui, à son insu peut-être, une empreinte assez profonde de la longue période de christianisme qui avait préparé, façonné et fondu, ses éléments principaux.

Mais j'ai hâte de sortir de ces généralités pour arriver à la matière qui doit faire l'objet spécial de cette courte étude, à savoir le régime de la propriété dans notre Code civil.

Dans un résumé de quelques pages je n'aurai garde d'accumuler les détails, d'apporter des documents, des preuves, des autorités, à l'appui de chaque assertion. Un volume ne suffirait pas à les contenir. Je me bornerai à parcourir les sommets, à mettre en relief les grandes lignes tracées et à signaler, en passant, les défauts, les principales lacunes, que le temps a révélés.

La Révolution avait aboli le régime féodal. Les rédacteurs du Code civil avaient donc à prendre parti sur le nouveau régime de propriété qu'il donnerait à la France. Pour apprécier les réformes qu'ils ont faites et les juger, il nous faut rappeler, en quelques mots, les modifications qu'avait subies l'idée de propriété dans notre ancien droit.

Il n'est pas besoin de remonter aux origines germaniques, et de résoudre le problème si difficile de savoir si les tribus germaines ont passé de la propriété collective de la tribu à la propriété familiale, pour aboutir à la propriété individuelle. Sans doute, nous trouvons, dès les premiers temps de notre histoire, la célèbre distinction des biens en propres et acquêts, distinction qui était bien antérieure au régime féodal et qui marqua tout notre ancien droit d'une profonde empreinte, parce qu'elle était admirablement appropriée à l'état social de l'époque, à cette idée fondamentale de conserver les biens dans la famille. Mais la féodalité, tout en respectant et en développant cette division des biens, qui répondait pleinement au but qu'elle poursuivait elle-même, modifia de fond en comble le régime général des biens, transforma l'idée de propriété, et inaugura un système nouveau, qui devait subsister jusqu'à la Révolution.

Je ne veux, en aucune façon, étudier et juger le rôle social et politique de la féodalité. Ce n'est pas le lieu. Je dois me borner à indiquer les principes nouveaux qu'elle inaugura en matière de propriété foncière (Voir Chénon, *Les démembrements de la propriété*). Je laisserai aussi de côté les alleux, qui étaient une exception et une rareté à cette époque.

Au moyen âge, toute terre, fief ou censive, est une terre concédée. Or, deux faits principaux caractérisent cette propriété féodale.

Le premier est la décomposition de la propriété en deux droits perpétuels et parallèles : 1° le domaine éminent, ou domaine direct, qui serait mieux nommé le *domaine retenu*. C'est le droit que retient à toujours, pour lui et ses successeurs, le seigneur qui concède une terre. Ce domaine direct se traduit par le droit d'exiger du concessionnaire et de ses successeurs des services et redevances; 2° le *domaine utile*, disons le *domaine concédé*, qui se traduira par le droit de faire valoir la terre, d'en tirer tous les profits, d'en disposer même, à la condition d'acquitter les services dus au concédant.

Le second fait est que la terre prend alors une espèce de personnalité. Par suite, c'est la terre du concédant qui a le domaine direct sur la terre concédée; et c'est la terre du concessionnaire qui doit services et redevances à la terre du concédant.

Ajoutons qu'à ces droits dérivés de l'idée de propriété concédée, vinrent s'ajouter certains droits de suzeraineté, de seigneurie, qui avaient une autre origine. De là des complications et une première cause de la confusion que nous allons voir naître dans les esprits.

En réalité, si le vassal ou le censitaire n'ont pas la pleine propriété de la terre qu'ils possédent, c'est qu'ils détiennent une terre concédée, sur laquelle un concédant s'est réservé à toujours un domaine éminent. Ce ne sont pas de pleins propriétaires auxquels un seigneur aurait imposé des servitudes : ils sont des détenteurs qui avaient acquis une propriété restreinte. En un mot, le domaine direct ne dérive pas de l'idée de seigneurie, il découle d'une réserve faite dans une concession originaire. Au fond, le vrai propriétaire était celui qui avait le domaine direct. Les feudistes sérieux ne s'y trompaient pas (Voir Pontanus, art. 33, Cout. de Blois; Cujas, *De feudis*, liv. 1er; Dumoulin, *Des fiefs*, § 1er, glose 5, etc.).

On a dit, et on va répétant, que la féodalité était la négation de la propriété individuelle. C'est une erreur : elle en était peut-être la plus haute affirmation. Elle en était l'exagération. Elle était, en effet, le pouvoir, pour le propriétaire d'une terre, de l'aliéner partiellement, de la transmettre, en retenant à toujours sur elle un droit, un domaine éminent. Si vous ajoutez à cela que la substitution était permise, et lui donnait la faculté de rendre sa terre inaliénable, d'en régler la transmission pour plusieurs générations, si vous considérez qu'il avait un

choix presque infini dans les droits réels qu'il désirait concéder, à raison de la variété prodigieuse des démembrements de la propriété au moyen âge (fiefs, censives, rentes foncières, locatairies perpétuelles, servitudes, emphythéose, etc., sans parler des démembrements spéciaux à telle ou telle province, le bourgage, la colonge, l'échevinage, etc., etc.); si, dis-je, vous envisagez toutes ces facilités, tous ces pouvoirs reconnus au propriétaire d'une terre, vous avouerez que la propriété féodale était une puissante affirmation du droit individuel.

Comment donc a pu se glisser l'idée que les droits seigneuriaux étaient une atteinte à la propriété? L'explication en est facile. Le vassal et le censitaire, avec le temps, finirent par oublier qu'ils avaient une terre *concédée*. Dès lors, ils furent portés, peu à peu, à se regarder comme des propriétaires qu'on a grevés de services, de redevances, et à voir dans les droits seigneuriaux de véritables servitudes. Le domaine direct ne leur apparaît plus comme un domaine *retenu*, mais comme une usurpation seigneuriale. Cette confusion se manifeste de bonne heure (Voir les vers de Wace, à propos de la révolte des paysans normands sous Richard II; Léopold Delisle, *Classes agricoles*, p. 124). Portalis ne se fera plus tard que l'écho de cette opinion lointaine, quand il s'écriera : « Qu'était-ce que le régime féodal, sinon l'art de faire de la propriété foncière un instrument d'asservissement? » (Locré, IV, 193). Au xve siècle, cette idée commence à dominer presque partout. En vain quelques bons feudistes rappellent la vérité, que le domaine direct est la vraie propriété (Voir Dumoulin, *De feudis*, 114; Hévin, *Des questions féodales*, IV, 18; Ferrière, art. 28, Cout. de Paris, etc.). L'opinion générale n'en continue pas moins à regarder ce domaine direct comme une servitude grevant le bien d'autrui. Pothier, au xviiie siècle, n'hésite pas à dire que le domaine direct n'est plus qu'un domaine de supériorité, et que le vrai propriétaire est le vassal (Pothier, *Du droit de propriété*, n° 3).

Pour être juste, il faut ajouter deux choses. Les abus de la force, si fréquents au moyen âge, les usurpations nombreuses, les vexations injustes de la part des seigneurs, contribuèrent à obscurcir l'origine première de ces tenures concédées (voir Pierre le Vénérable au xiie siècle, *Epist.*, I, p. 28). D'un autre côté, lorsque eut pris fin le rôle politique de la féodalité, quand elle n'eut plus à rendre les services qui avaient été sa première raison d'être, l'idée que le censitaire était le vrai propriétaire, grevé de servitudes non justifiées, ne fit que s'accentuer.

Cette idée fausse va bientôt en engendrer une autre. On faisait dériver le domaine éminent, non plus d'une réserve faite dans la concession originaire, mais d'un droit de seigneurie ou de suzeraineté. Or, quand la féodalité militaire eut fait place à la féodalité civile, quand elle n'eut plus de rôle social à jouer, que le roi fut devenu maître absolu, souverain

fieffeux de tout le royaume, on voulut tirer la conséquence de l'opinion qui rattachait le domaine direct au droit de seigneurie, et partant l'attribuer au roi. Louis XIV, dans ses instructions au Dauphin, affirme que le roi, seigneur absolu, a la propriété directe de toute terre. « Vous devez être persuadé, disait-il, que les rois ont naturellement la disposition pleine et entière de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens de l'Eglise que par les séculiers, pour en user en tout temps comme sages économes, c'est-à-dire suivant le bien général de l'Etat » (*Œuvres de Louis XIV*, I, 571). La Sorbonne déclarait que les biens des sujets sont au roi. Sans doute, il y avait toujours eu des protestations contre cette théorie, entr'autres celle de Juvenal des Ursins, sous Charles VII, celle de Lebret et plus tard celle de la Cour des aides dans ses remontrances du 17 août 1770 (1). L'idée fausse n'en fit pas moins son chemin.

Au XVIII[e] siècle, elle se modifie encore et revêt une autre forme. On avait mis en avant que la haute propriété des terres est au roi. Or, sous l'impulsion des nouvelles doctrines philosophiques et des théories de Rousseau, on en tire cette conclusion, que la propriété n'est pas un droit naturel, qu'elle est une pure création de la société, une création de l'Etat. C'est surtout à propos des successions *ab intestat* et du droit de tester qu'est contesté le droit de propriété. Aussi, ceux-là mêmes qui l'admettent du vivant de la personne, qui reconnaissent à l'individu le droit de disposer comme il l'entend de ses biens par actes entre vifs, sont-ils portés à déclarer que ce droit cesse à sa mort, que l'Etat est maître de régler à sa guise la dévolution des biens du défunt, sans tenir compte de ses intentions (Voir Montesquieu, liv. 26, ch. 6, 16, etc.; Mirabeau dans son *Discours sur le droit de tester*). Pothier lui-même reflétera cette erreur, que nous retrouvons exposée dans le *Discours préliminaire* de Portalis.

Tel est, à grands traits, le développement des idées sur la propriété dans notre ancien droit.

La Révolution, qui avait affranchi la personne, voulut aussi affranchir la propriété; car, au XVIII[e] siècle, tous les tenanciers, vassaux, censitaires, emphytéotes, fermiers perpétuels, etc., se regardaient comme de vrais propriétaires, grevés de droits seigneuriaux insupportables. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire ces cahiers des paroisses, qui, à l'occasion des états généraux, furent rédigés en grande partie par les curés des campagnes. Le principe de l'abolition des droits féodaux fut posé dans la

(1) Voir sur quelques-uns de ces points le remarquable rapport de M. LABORIE, à propos de la prétention de l'Enregistrement qui, de nos jours, avait voulu reprendre la thèse que la haute propriété des terres est à l'Etat (Cass., 23 juin 1857, *Dalloz*, 1857, I, 253).



fameuse nuit du 4 août 1789. Le décret du 17 août, qui le consacrait, distingua cependant entre les droits abolis purement et simplement et les droits rachetables, suivant qu'ils se rattachaient à la mainmorte ou au droit de propriété. La distinction entre les deux classes conduisait parfois à une injustice; elle était toujours fort difficile à observer en pratique. Le décret du 15 mars 1790, rendu, sur le rapport de Merlin, pour résoudre cette question épineuse, est loin d'être à l'abri de toute critique. Devant l'opinion surexcitée et les appétits déchaînés, l'Assemblée législative, dans son décret du 18 juin 1792, oublia la modération relative de la Constituante; enfin la Convention, par son décret radical du 17 juillet 1793, abolit purement et simplement tous les droits seigneuriaux, sans aucune indemnité (1). Dès lors, ne subsistaient plus de l'ancien régime que deux sortes de démembrements de la propriété : les droits réels de jouissance et les servitudes prédiales.

Voyons le système qu'adopta le Code civil, quand ces lois de l'époque intermédiaire eurent fait table rase du régime féodal et de la vieille théorie sur le domaine direct et le domaine utile.

Et d'abord, on doit savoir gré aux auteurs du Code civil d'avoir affirmé très nettement que la propriété est de droit naturel. Portalis, dans son *Discours préliminaire*, proclame « que le droit de propriété, en soi, est une institution de la nature » (Locré, I, 181). Dans son Exposé des Motifs du titre deuxième (liv. II), il n'est pas moins catégorique (Locré, IV, 75). Il réfute avec force bon nombre d'erreurs courantes : celle des écrivains qui veulent supposer, à l'origine de toute civilisation, la communauté des biens : « Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété commune de tous que pour se ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne » (Locré, IV, 75); — celle de Rousseau, qui voit dans la propriété foncière la source des divisions et des inégalités sociales (Locré, IV, 76); — celle qui voudrait attribuer à l'Etat le domaine éminent : « l'empire, qui est le partage du souverain, ne renferme aucune idée de domaine proprement dit » (Locré, IV, 77).

Il y avait du mérite, à cette époque, à affirmer ces vérités de bon sens, à dégager nettement le principe de la propriété individuelle. Il est impossible de ne pas admirer avec quelle élévation de langage Portalis célèbre les avantages et les bienfaits « de ce principe qui est comme l'âme universelle de toute la législation » (Locré, IV, 84). Napoléon partageait, du reste, absolument cette manière de voir, car il disait : « La propriété, c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède : moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'em-

(1) Voir CHENON, *Des démembrements de la propriété française*, p. 87 et suiv.

parer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans tous » (Locré, IV, 235). Le Code a donc franchement pris parti et repoussé toutes les doctrines socialistes.

Pour être complet, il faut cependant ajouter une restriction. Tout en proclamant hautement que la propriété est de droit naturel, Portalis revient à cette erreur, que nous avons vue naître au XVIII[e] siècle, et qui soutenait que ce droit de propriété s'éteignait à la mort de l'individu. En effet, après avoir rappelé que c'est *une institution de nature*, il poursuit, « mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire » (Locré, IV, 182). S'il avait simplement voulu indiquer par là que le mourant doit transmettre ses biens à des personnes vivantes, rien de mieux. Mais ces mots ont dans sa bouche une tout autre portée, et de ces prémisses il tire les conséquences logiques : le droit de tester n'est pas un droit naturel, et la loi politique est souveraine pour régler la dévolution de la succession *ab intestat*. « Nous convenons qu'aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort et de survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament. Nous convenons que c'est aux lois à établir l'ordre ou la manière de succéder... » (Locré, IV, 183). Ces principes, appliqués avec une rigoureuse logique, conduiraient loin. Heureusement, le Code a su tenir compte de la volonté du défunt pour la dévolution de sa succession. Il a reconnu que la loi politique elle-même devait, dans l'intérêt général, consacrer le droit de disposer des biens que l'individu laisse à sa mort, et faire de la succession *ab intestat* le testament présumé du défunt. Il n'en est pas moins vrai que le point de départ pris par les auteurs du Code civil pourrait servir de justification à toutes les utopies sociales. Malgré cette défaillance, on ne peut méconnaître qu'ils ont fortement établi le droit de propriété individuelle, cette base de la civilisation.

Entrons à présent dans quelques détails, et voyons comment a été organisé ce régime de la propriété.

Notre Code a évidemment adopté le système romain, la propriété individuelle, telle que l'avait organisée Justinien dans ses Institutes. Le plus simple coup d'œil jeté sur l'ensemble du livre deuxième ne peut laisser de doute à cet égard. Il a pris les définitions romaines; il a admis les droits réels et les démembrements de la propriété reconnus par le droit romain : usufruit, usage, habitation, servitudes. Il a reproduit les règles romaines sur la théorie de l'accession et des servitudes prédiales. Si, çà et là, il a introduit quelques légères modifications, tantôt heureuses, tantôt contestables, on ne saurait nier qu'il n'ait pris pour guide, en cette matière, le droit romain. Faut-il s'en étonner ou l'en blâmer? Non. Il ne pouvait choisir de plus parfait modèle. Nulle législation, en effet, n'a édifié de théorie plus solide et plus scientifique de la propriété individuelle;

nulle législation ne l'a plus finement analysée, pour déduire les éléments qui la composent et les seuls démembrements naturels qu'elle comporte; nulle, enfin, ne l'a plus énergiquement sanctionnée. — Les auteurs du Code civil ne pouvaient donc mieux faire que de suivre les jurisconsultes romains : ils n'avaient aucune répugnance à les prendre pour modèle. Déjà Portalis, dans son *Discours préliminaire*, avait défendu le droit romain contre les violentes attaques dont il avait été l'objet durant l'époque intermédiaire (1) : « La plupart des auteurs qui censurent le droit romain, avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent » (Locré, I, 162). D'ailleurs, l'orateur du tribunat, Grenier, avoue formellement ces emprunts faits au droit romain : « Dans ce titre, plus peut-être que dans aucun autre, on remarque des traces de la législation romaine, parce que cette matière a été moins soumise aux mœurs et aux habitudes : on a dû en puiser les décisions dans l'équité naturelle, et le peuple romain est celui de tous, après *tous*, qui a su le mieux en déduire les principes » (Locré, VIII, 209).

Je n'analyserai pas dans ses détails ce régime de propriété. Il est trop connu de tous. Je me bornerai à signaler trois particularités. Le Code a évité, avec un soin méticuleux, de prononcer le mot de *servitudes personnelles*, pour désigner l'usufruit et l'usage. Il a craint que les esprits ne vissent là un retour aux idées féodales. — Pour la même raison, les services fonciers ont ce caractère dominant de ne jamais obliger le propriétaire à exécuter quoi que ce soit. Le Code n'a fait qu'une seule exception à cette règle, et une exception bien secondaire (art. 699) : c'est la prohibition des corvées féodales. — Enfin, il a limité les démembrements de la propriété (art. 543), pour réagir contre la variété des droits réels admis durant le moyen âge.

Mais nous avons à nous demander si ce régime de propriété, tel que l'a organisé le Code civil, répond à tous les besoins économiques et sociaux de notre pays, si le temps n'a pas révélé en lui des imperfections, des lacunes, que des lois nouvelles, ou la jurisprudence, ont dû combler par des procédés divers.

Je ne ferai qu'indiquer, sans y insister autrement, trois premières questions, soit parce qu'elles prêtent trop à controverse, soit parce qu'elles relèvent plutôt d'autres titres du Code.

1° C'est d'abord l'abolition de la vieille distinction des biens en *propres* et *acquêts*, c'est-à-dire en biens provenant de la famille, et en biens acquis d'autre part. Elle avait marqué tout notre ancien droit de son

---

(1) Voir Barrère, qui disait : « Ce Code civil de Rome, tant vanté par ceux qui n'ont pas été condamnés à le lire, était un volume énorme corrompu par le chancelier pervers d'un empereur imbécile (*Moniteur* du 22 fructidor an II).

empreinte. Elle correspondait admirablement à l'idée populaire qu'il faut conserver les biens à la famille dont ils proviennent. Elle fournirait peut-être le moyen le plus pratique de résoudre la question qui nous divise tant, la question de la liberté de tester : car elle permettrait de restreindre la réserve aux propres, aux biens de famille : seulement, il faudrait étendre aujourd'hui cette distinction aux valeurs mobilières incorporelles. Les auteurs du Code civil ont cru devoir supprimer cette antique division des biens. Ils ont eu l'air de l'associer au régime féodal. Elle lui était pourtant bien antérieure; elle en était distincte et répondait à des besoins tout autres.

2° C'est en second lieu la prohibition des substitutions, prohibition qui est évidemment une entrave au droit de disposition du propriétaire. Cette entrave est-elle juste et utile? C'est là un grave problème historique, social et économique, qui divise les jurisconsultes et les législations des divers peuples. Si la substitution, en effet, présente de très sérieux inconvénients pour la circulation des biens, elle offre des avantages sérieux pour assurer leur conservation et les défendre contre la prodigalité ou l'émiettement. Ne sait-on pas que c'est aux substitutions princières que l'Italie a dû la conservation des merveilleuses collections d'œuvres d'art de ses grandes familles?

3° Enfin, c'est la clandestinité des mutations de propriété immobilière. Le Code, oubliant la sage réforme de la loi de brumaire an VII, n'a pas exigé la transcription des actes translatifs de propriété immobilière. Il est vrai qu'un article du projet édictait cette formalité : mais l'article, renvoyé à la Commission, n'a jamais reparu, sans que l'on puisse savoir si c'est par oubli ou volontairement. Quoi qu'il en soit, cette absence de publicité donnait à la propriété foncière, et par suite au crédit hypothécaire, une assiette bien fragile, et il a fallu que la loi du 23 mars 1855 revînt au système de la loi de brumaire et à la nécessité de la transcription.

Mais, encore une fois, si graves et si élevés que soient ces sujets, je me borne à les signaler, parce qu'ils ne rentrent pas spécialement dans le titre de la propriété, et qu'ils seront plus utilement traités, avec de plus longs développements, aux titres des successions et des hypothèques. — C'est pour la même raison que je passe sous silence la réserve, cette grande restriction au droit de tester et à la propriété individuelle.

Je reviens donc aux questions qui relèvent plus particulièrement du titre que j'ai choisi.

La plus importante est celle qui a trait à la diversité des règles appliquées aux biens immobiliers et à la fortune mobilière. Notre Code, à propos des meubles, s'est inspiré de l'idée ancienne *mobilium vilis possessio* : les meubles ont peu de valeur; on n'a pas à s'en préoccuper. En imi-

tant la négligence de notre ancien droit relativement aux meubles, non seulement il a oublié la transformation économique qui était en voie de s'accomplir, mais de plus, par certaines innovations, il a singulièrement aggravé et multiplié les inconvénients de notre droit coutumier : il l'a déformé.

Il est certain que, dans nos coutumes, toute la sollicitude du législateur était pour les immeubles. L'immeuble, *hereditas*, est presque tout au moyen âge. Les meubles sont regardés comme biens fort secondaires; aussi sont-ils régis par des règles spéciales : 1° quant à leur dévolution : ils suivent en général la règle des acquêts, et non celle des propres, en matière de succession, de communauté légale, etc.; 2° quant à leur administration : en principe, le pouvoir d'administrer des meubles entraîne le pouvoir de les aliéner; 3° quant à la prescription : ils sont soumis à des prescriptions plus courtes, et à la règle spéciale : *en fait de meubles, possession vaut titre*; 4° quant à l'hypothèque : les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, avec la portée différente qu'avait cette maxime dans les pays coutumiers et dans les pays de droit écrit; 5° quant aux contrats : la vente des meubles ne donnait jamais lieu au retrait lignager; 6° enfin, les meubles étaient spécialement affectés au paiement des dettes, etc.

Mais cette législation coutumière se justifie très-bien par deux considérations. Au moyen âge, la maxime *mobilium vilis possessio* traduisait une vérité sociale et une vérité économique.

C'était une vérité sociale; car, nous l'avons vu plus haut, la féodalité était l'exaltation de la terre. La terre, à cette époque, prend une espèce de personnalité : c'est elle qui classe son possesseur et fixe sa hiérarchie sociale. Elle a donc une tout autre importance que le bien mobilier.

Notre maxime était en même temps une vérité économique. Le développement de la fortune mobilière est le résultat de deux grands facteurs, le travail et l'épargne, deux facteurs qui demandent le temps, la durée. En réalité, la fortune mobilière, au moyen âge, n'avait pris encore qu'une extension restreinte, et les Coutumes, en négligeant les meubles, n'étaient que le reflet de l'opinion et de la vérité des faits économiques.

Sans doute, avec le progrès des temps, la richesse mobilière s'était accrue. Mais notre ancien droit, avec une logique parfaite, s'occupa des meubles qui prenaient une importance spéciale. Pour les protéger, il employa divers procédés, l'un entre autres fort simple, il les immobilisa par fiction. Voyez les phases de cette marche progressive : 1° certaines coutumes commencent par reconnaître des classes de biens mixtes, classes intermédiaires de biens, qui bénéficieront de quelques-unes des règles applicables aux immeubles, ainsi les *avères*, les *cateux* ; 2° puis on crée la classe des immeubles par destination ; 3° enfin, ce qui est capital, on immobilise les deux classes les plus importantes des valeurs mobilières, à savoir les offices

et les rentes constituées. Or, comme à cette époque le prêt à intérêt était interdit, ces rentes et ces offices étaient évidemment le grand canal des capitaux. En définitive, ne restaient soumis aux règles des meubles que des biens d'une valeur secondaire ; 4° ajoutez enfin que, s'il s'agit d'une universalité de meubles, nos coutumes l'entouraient de garanties particulières : *universitas mobilium aliquid sapit immobile.* — Tel fut notre vieux droit, avec son développement logique et son adaptation parfaite aux nécessités sociales du temps (1).

Qu'a fait le Code civil? Lui aussi, il a pris comme point de départ l'antique maxime *mobilium vilis possessio.* Mais, de plus, il en a considérablement aggravé les conséquences. En gardant maintes fois un silence trop prudent sur les dispositions applicables aux meubles, notamment à ceux du mineur et de la femme, il laisse sans solution les questions les plus délicates, et souvent sans garantie la fortune mobilière des incapables.

Peut-on, sinon l'approuver, du moins l'excuser ou le justifier ? Oui, mais dans une certaine mesure seulement. Sans doute, les auteurs du Code civil ne pouvaient pas prévoir l'immense accroissement qu'allait prendre, au XIXe siècle, la fortune mobilière, par suite des découvertes scientifiques et de causes multiples qu'il est inutile de rappeler ici. Cependant il est impossible de n'être pas frappé de deux faits.

Déjà, au moment de la confection du Code, la fortune mobilière était considérable. Treilhard, dans son rapport, le constate expressément : « Il fut un temps, dit-il, où les immeubles formaient la portion la plus précieuse du patrimoine... Mais depuis, la fortune mobilière des citoyens s'est considérablement accrue... » Et il ajoutait : « On n'a pas dû attacher autant d'importance à une portion de terre, autrefois patrimoine unique des citoyens, *et qui aujourd'hui ne forme peut-être pas la moitié de leur fortune* » (Locré, IV, 29).

D'autre part, les auteurs du Code civil auraient dû comprendre que l'abolition du régime féodal, en détruisant la prépondérance de la terre, la suprématie hiérarchique attachée à la possession du sol, rendait par là même aux valeurs mobilières une importance nouvelle, qui irait grandissant. La maxime *mobilium vilis possessio* cessait d'être ce que j'ai appelé une vérité sociale. Leur législation n'était donc plus en harmonie, ni avec les faits économiques, ni avec les idées sociales.

Mais, ce qui est plus grave encore, c'est que le Code, par certaines inno-

(1) Il est à remarquer, d'ailleurs, que nos plus anciens auteurs, qui avaient généralisé la division des biens en meubles et immeubles, n'avaient pas un critérium très net, très arrêté, pour faire cette distinction. Dès lors, ils étaient moins gênés pour placer tel bien dans une classe ou dans l'autre. C'est ainsi que BEAUMANOIR définit l'immeuble ce qui ne peut faillir : « L'on ne doit tenir à heritage nule chose qui muire, car ce qui muert faut, et eritage ne peut faillir », chap. 23, § 9.



vations assez juridiques, a notablement augmenté les inconvénients de l'ancien droit. D'abord, il a supprimé les biens d'une nature mixte ; rien de mieux. Ensuite, il a restitué la qualité de meubles aux rentes foncières, aux rentes constituées, aux offices. — Par leur nature propre, ce sont des meubles, nous dit-on. — C'est possible. Nos anciens auteurs ne l'ignoraient pas, tout au moins pour les rentes constituées et les offices, mais ils les avaient immobilisés pour leur assurer les protections dont ils entouraient l'immeuble. — Enfin, les auteurs du Code civil auraient pu prévoir que la faculté du prêt à intérêt allait faire désormais des simples créances le grand canal des capitaux disponibles, absorbés jadis par les rentes constituées. Du moment où la presque totalité des droits personnels allait devenir des droits mobiliers, il y avait lieu de se préoccuper sérieusement de cette transformation et de réagir contre la maxime *mobilium vilis possessio*.

Il aurait donc fallu choisir entre deux partis : 1° Le Code aurait pu, comme le droit romain auquel il empruntait son régime de propriété, n'appliquer sa distinction en meubles et immeubles qu'aux choses corporelles. Il eût ainsi diminué le nombre et l'importance des meubles et, par suite, il aurait pu soumettre à une réglementation distincte les valeurs incorporelles, c'est-à-dire les valeurs les plus importantes. 2° Ou bien, du moment où il généralisait la division en meubles et immeubles et l'appliquait, comme nos coutumes, aux droits réels et personnels, il eût fallu réglementer avec soin cette propriété mobilière, qui allait croissant, qu'il avait agrandie lui-même, au lieu de la négliger comme chose accessoire. Le meuble diffère de l'immeuble : à cette différence de nature doit correspondre une différence de réglementation. Mais la diversité des règles, au lieu de procéder de l'idée que le meuble est valeur secondaire ou négligeable, devrait uniquement découler du fait que le meuble, n'ayant pas d'assiette fixe, étant plus exposé aux détériorations, aux dépréciations rapides, exige des dispositions particulières pour assurer sa conservation, son administration, sa transmission.

Le Code est parti de l'idée que le meuble était une valeur fort secondaire. Il s'en est donc peu préoccupé. Cette manière de voir et de faire a porté ses fruits ; les inconvénients n'ont pas tardé à apparaître à tous les yeux. Il suffit d'indiquer les principaux. En matière de tutelle, la fortune mobilière du mineur s'est trouvée livrée à l'entière discrétion du tuteur. Ce dernier, qui pour l'aliénation d'un coin de terre avait besoin et de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, disposait seul et sans contrôle des valeurs mobilières les plus considérables. Il a fallu attendre jusqu'en 1880 une loi qui vînt restreindre ses pouvoirs sur les meubles incorporels. Mais cette loi du 27 février, en assujettissant l'aliénation des valeurs mobilières importantes aux formalités exigées pour

les immeubles, c'est-à-dire aux lenteurs de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribual, a compromis d'une autre façon les intérêts du pupille. Elle a eu tort de ne pas inaugurer un système de protection plus rapide et plus en harmonie avec les nécessités pratiques. — En matière de contrat de mariage, le Code a fait tomber dans la communauté légale tous les meubles des époux. Cette règle était sans grand inconvénient dans notre ancien droit auquel on l'a empruntée, à raison de la moindre importance des meubles et de l'immobilisation fictive des principales valeurs mobilières. Elle produit aujourd'hui d'énormes déplacements de fortune entre les époux. L'opinion comprend mal que tel époux puisse garder en propre ses immeubles, tandis que son conjoint verra tomber en communauté les actions et obligations de chemins de fer qui lui appartenaient. Cela nous montre que la même règle amène parfois des effets complètement différents, suivant les époques et suivant la situation économique d'un pays. Notre vieille communauté légale s'adaptait pleinement aux besoins du temps, celle du Code n'a pu entrer dans nos mœurs, et c'est la communauté d'acquêts qui tend à prévaloir. — Enfin, toujours à propos de nos régimes matrimoniaux, le législateur n'a pas pris la peine de déterminer les pouvoirs du mari sur les meubles propres de la femme. De là des controverses retentissantes et des difficultés presque insolubles sur la dot mobilière, dans le régime de communauté réduite aux acquêts, dans le régime dotal, dans le régime de séparation de biens, etc.

Je pourrais multiplier les exemples : à quoi bon? De nos jours, tout le monde convient de cette lacune. Des lois postérieures ont essayé de la combler peu à peu (lois sur la tutelle, sur les titres au porteur, sur l'hypothèque des navires, etc.). Le législateur français n'a pas osé aborder de front la réforme générale.

Il nous reste deux points de vue importants à examiner. Nous rechercherons d'abord, comment et dans quelle mesure les principes posés par le Code civil sur la propriété individuelle peuvent se concilier avec certaines propriétés qui présentent un caractère spécial. Nous déterminerons, en second lieu, les limitations qu'il a apportées à cette propriété individuelle.

En matière de copropriété, le Code a posé le grand principe de l'art. 815 : nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Il a proclamé le droit absolu au partage, au partage en nature quand il est possible, sinon à la licitation du bien, pour s'en partager le prix. Les incommodités de l'indivis, comme on disait autrefois, sont telles qu'on ne saurait trop l'approuver. Cependant, quand il limite à une durée *maximum* de cinq ans le temps pour lequel des copropriétaires peuvent convenir de rester dans l'indivision, on peut regretter qu'il n'ait pas fixé une limite un peu moins étroite, un peu plus élastique. Souvent, à la mort d'un père qui laisse des enfants mineurs, il serait utile d'avoir un moyen légal

de prolonger la copropriété jusqu'à la majorité des enfants, ce qui leur permettrait d'attendre l'âge de faire un partage amiable, et d'échapper aux frais, aux lenteurs et à tous les inconvénients, d'un partage judiciaire. Bon nombre de législations des cantons suisses favorisent cette indivision temporaire, qui retarde un partage trop souvent funeste aux intérêts de la famille (Voir Chéron, *De la transmission intégrale des exploitations agricoles ou industrielles dans le droit suisse*, th. de doct., Paris, 1902.)

La loi récente du 30 novembre 1894, sur les habitations à bon marché, pour atteindre le but qu'elle poursuivait, de conserver le foyer à la famille, a dû modifier la règle du Code et créer quelques cas d'indivision forcée (art. 8). Dans bon nombre de pays se produit un mouvement plus large, plus général, en vue de protéger la petite propriété, surtout la petite propriété rurale, pour en assurer la transmission intégrale, ou la rendre insaisissable. Il suffit de citer le *hofrecht* des pays allemands, et le *homestead* des Etats-Unis. Ces institutions, d'ailleurs de date récente, font naître des problèmes économiques, sociaux et juridiques, soulèvent des difficultés et des objections qui sont loin d'être résolues. Il y aurait témérité à escompter les résultats qu'elles produiraient en France par ceux que l'on entrevoit à peine dans les pays où elles fonctionnent. En tous cas, il serait puéril de faire aux auteurs du Code un grief de n'avoir pas prévu ces tendances nouvelles. Ils ne pouvaient y songer. Mais, s'ils avaient posé des règles moins inflexibles et sur l'indivision et sur le partage en nature, la propriété eût pu s'adapter et se plier plus facilement à des besoins qui se sont révélés plus tard et qu'il était impossible de prévoir à leur époque.

A propos de la propriété rurale, qu'il me soit permis de signaler, sans y insister du reste, une autre omission moins excusable. Nos coutumes avaient fait une large place aux biens et aux usages ruraux. La Constituante elle-même, par un décret du 28 septembre-6 octobre 1791, avait voté un Code rural qui, préparé à la hâte, était imparfait et insuffisant, mais qui n'en réglait pas moins, avec une certaine ampleur, le régime de la propriété foncière dans les campagnes et la police rurale. Ce Code de 1791 fut implicitement aboli par le Code civil, qui eut le tort de ne pas le remplacer, et de n'édicter que des mesures incomplètes. C'était une autre lacune à combler. Aussi le projet d'un Code rural fut-il repris par Napoléon Ier dès 1808, par Napoléon III en 1868, et enfin par la République en 1876. Ce projet comprenait trois livres : le Régime du sol, le Régime des eaux, la Police rurale. Le Sénat a préféré en scinder la discussion et en voter les diverses parties dans des lois distinctes, qui sont promulguées au fur et à mesure de leur confection. Il y a là une œuvre considérable, qui touche à une foule de sujets intéressant l'agriculture, sujets qui varient à l'infini, depuis les droits de parcours et de vaine

pâture jusqu'à l'emphytéose et au bail à colouage, depuis la mitoyenneté des clôtures jusqu'au régime des eaux, depuis les maladies contagieuses des animaux jusqu'aux vices rédhibitoires dans les ventes, etc. Il est à souhaiter que l'œuvre soit bientôt achevée : elle constituera, pour la propriété rurale, un véritable progrès sur le Code civil.

D'aucuns font à notre Code un grief non moins sérieux de n'avoir organisé que la propriété individuelle et d'avoir gardé un silence absolu, je ne dirai pas sur la propriété collective, le mot prêterait à équivoque, mais sur la propriété corporative, qui se rattache au problème ardu entre tous de la personnalité civile et des personnes morales.

Puisque je traite du droit civil, je ne parlerai que des personnes morales privées.

Le droit d'association nous apparaît aujourd'hui comme un droit naturel, un acte pleinement licite de la liberté humaine. D'autre part, lui seul permet à l'homme d'atteindre la plénitude de son développement, de viser aux grandes œuvres et aux longues entreprises. L'individu, en effet, réduit à ses seules forces, n'a qu'un pouvoir très borné : borné quant à son étendue, car l'individu isolé n'est que faiblesse; borné quant à sa durée, car l'individu meurt vite. C'est par l'association qu'il triomphe de ces deux causes d'impuissance.

Or, une association sérieuse ne saurait exister sans le droit d'acquérir et de posséder. Il lui faut, comme à l'individu, des moyens matériels d'existence, des ressources, des biens en un mot. Le droit d'exister implique le droit pour elle de se procurer ce qui est nécessaire à son existence, à sa conservation et à sa fin. Elle a droit à une certaine personnalité juridique.

Il est évident que cette propriété corporative demande une réglementation spéciale. Car, d'un côté, elle appartient à un corps : à un corps, c'est-à-dire à tous ceux qui se sont groupés pour réaliser la volonté des fondateurs. Elle n'est pas l'apanage exclusif des associés actuellement existants, elle intéresse, et ceux qui ont disparu, et ceux qui viendront poursuivre l'œuvre commencée. Il faut donc assurer et garantir les droits du groupement intégral. D'un autre côté, ce corps peut se composer de nombreux individus, avoir une durée indéfinie, ce qui lui permettra d'accumuler des biens considérables, qui seront soustraits à la circulation et à l'appropriation individuelle. De là des avantages, mais aussi des inconvénients, au point de vue moral, économique et social, avantages et inconvénients dont se doit préoccuper le législateur, pour favoriser les premiers et atténuer les seconds (1).

(1) Voir, sur les avantages et les inconvénients de la propriété corporative, mon rapport sur la *Personnalité morale* au Congrès de Fribourg de 1888.



Pourquoi donc les auteurs du Code civil ont-ils négligé une matière aussi importante? L'explication en est facile.

La Révolution, par une série de décrets, avait aboli tous les grands corps du royaume. Elle avait détruit tous les groupements, de peur de laisser subsister des centres de résistance, hostiles au nouvel état de choses. Elle avait prononcé la dissolution « de toutes communautés, corporations, académies, sociétés littéraires, etc. » (Lois et décrets des 11 avril, 25 septembre, 4 et 18 novembre 1789; des 12 et 19 février, 20 avril 1790; du 18 août 1792; des 9 mars et 8 avril 1793). On reconnaissait que ces corps puissants avaient pu être, sous l'ancien régime, un heureux contre-poids à l'omnipotence royale; mais on estimait qu'ils n'avaient plus de raison d'être le jour où la nation reprenait l'usage de ses droits et élisait ses représentants. Quoi qu'il en soit, tout le droit de cette époque se ramène à l'individualisme. Plus d'associations, plus de groupements, plus de corps, et par suite, plus de patrimoine corporatif. En haut, l'Etat; en bas, l'individu : entre ces deux termes extrêmes, pas d'intermédiaire.

Peut-on s'étonner, dès lors, qu'au milieu de ce courant univerel d'opinion, les auteurs du Code n'aient pas songé à la propriété corporative, et n'aient réglé que la propriété individuelle? Non seulement ils ne se sont pas occupés de résoudre les difficultés relatives à la personnalité civile, mais ils n'ont même pas l'air de les soupçonner. Ils n'ont, dans aucun texte, prononcé le mot de *personne civile* ou de *personne morale*. Ils parlent d'établissements publics, comme si cette dénomination pouvait comprendre toutes les personnes morales! Au titre des contrats, au lieu de nous donner le contrat général d'association, qui permet aux individus de mettre en commun leurs efforts pour la défense et la poursuite des intérêts les plus divers, non seulement des intérêts matériels, mais de tous les intérêts supérieurs de l'humanité, les intérêts religieux, scientifiques, littéraires, moraux, philanthropiques, charitables et économiques, etc., au lieu, dis-je, de nous donner ce contrat si vaste et si compréhensif de l'association, ils ont préféré en détacher une seule variété, *la société civile*, c'est-à-dire la société à but lucratif. Ils n'ont voulu s'occuper que de l'association faite dans un intérêt d'argent, dans un but de lucre. On croirait que tous les intérêts humains se résument en un lingot d'or, se ramènent à une question de dividendes à toucher.

C'est pour la même raison qu'au titre du louage, ils ne se sont pas préoccupés du contrat collectif de travail, si vivement réclamé par les économistes de nos jours. Ils n'ont pas pensé aux groupements, aux associations. Quelques années plus tard, le Code pénal devait aller plus loin; et, sous l'empire des mêmes idées, il faisait de l'association non autorisée un délit (art. 291 C. pén.).

Il serait surperflu de développer ici les conséquences funestes de cette

erreur. Le temps s'est chargé de les mettre au grand jour. Nous souffrons encore de ce mal de l'individualisme. On voulait que l'individu fût tout : il ne fut rien. D'une part, l'Etat se trouva obligé de tout centraliser, et de se charger de tous les services qui demandaient l'effort d'une collectivité. D'autre part, l'individu isolé se sentit impuissant en face de la plupart des grandes entreprises, et en face de l'arbitraire. N'y a-t-il pas eu là un ferment pour le développement des doctrines socialistes? Je me borne à poser la question, et à répéter que, si l'association est un impérieux besoin des individus et des sociétés, l'état des esprits, au moment de la confection du Code, ne permettait guère à ses auteurs de comprendre cette vérité, et de pressentir la lacune qu'ils laissaient sur l'association, et sur son corollaire, la propriété corporative.

Je n'ai pas à passer en revue les diverses propriétés qui présentent un caractère spécial, à raison même de l'objet sur lequel elles portent, telles que le droit de présentation pour les offices, les droits d'auteur pour la propriété littéraire, artistique et industrielle, le droit du concessionnaire de mines, etc., etc. Le Code a laissé à des lois postérieures le soin de régler ces propriétés d'une nature particulière. Il a eu raison à un double point de vue. S'il avait voulu trop embrasser, trop généraliser, il aurait couru grand risque de méconnaître les variétés infinies, les nuances qui séparent chacune de ces formes, et de froisser les intérêts multiples qui sont en jeu. Et puis, à côté des principes stables et éternels qui régissent la propriété ordinaire, il aurait introduit des éléments d'un ordre variable et contingent, et, par suite, sujets à des modifications incessantes.

Je voudrais cependant examiner, en quelques mots, si les principes généraux que le Code a posés sur la propriété de droit commun peuvent toujours se concilier avec les exigences de ces propriétés particulières, s'ils n'en ont pas gêné parfois la réglementation. — Je ne citerai que deux cas, à titre d'exemple.

L'article 552 C. civ., suivant en cela le droit romain, établit le principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Laissons de côté la propriété du dessus pour ne nous occuper que de la propriété du dessous, du sous-sol, en un mot du tréfonds. Il résulte logiquement de la règle du Code que le propriétaire du sol a droit à tous les gisements, métalliques ou autres, qui sont enfouis dans le terrain qui lui appartient. Il y a là, tout à la fois, une exagération et un danger. D'abord, il est bien difficile de justifier le droit du propriétaire sur ces richesses minières, qui sont cachées dans les profondeurs du sol, et qui sont peut-être nécessaires au développement industriel et à la vie de tout un peuple. — Et puis, s'il ne les exploite pas, ou s'il les exploite mal, l'intérêt de la société sera lésé par le caprice ou par la négligence d'un seul. Que s'il veut en tirer parti, son activité va se trouver limitée, paralysée, et son

exploitation rendue difficile, coûteuse, parfois impossible, par le droit des voisins, qui prend naissance à la limite de leur héritage.

Aussi, la plupart des nations de l'Europe ont attribué les mines au domaine public (Locré, IV, 404). La Constituante, elle aussi, en 1791, les avait mises à la disposition de la nation : mais elle n'en reconnaissait pas moins des droits et des privilèges considérables au propriétaire du sol. Le Code civil augmenta encore ces droits. Une loi nouvelle devenait nécessaire : elle fut longuement élaborée, brillamment discutée, et enfin votée le 21 avril 1810.

La grosse question qui se posa alors, fut celle de savoir si les gisements miniers seraient au domaine public, comme le demandait l'intérêt général, ou s'ils appartiendraient au propriétaire du sol. La solution n'aurait pas été douteuse si l'on avait eu à ne tenir compte que de la raison et de la nature des choses. Mais, à cette solution rationnelle, s'opposait la règle du Code civil, sur la propriété du dessous, qui est attribuée au propriétaire de la surface (art. 551 C. civ.). Napoléon, qui prit une large part à la discussion de la loi, insistait fortement pour que l'on respectât le droit du propriétaire du sol, droit consacré par le Code civil.

On connaît la transaction à l'aide de laquelle la loi de 1810 a essayé de concilier les deux systèmes en présence. Elle a distingué entre les mines qui comprennent les gisements métalliques et la houille, et les carrières et minières qui comprennent les autres gisements. Pour ces derniers, elle a consacré le droit d'exploitation du propriétaire du sol, tout en le soumettant à certaines restrictions et à certaines formalités.

Mais pour les mines, elle fait une large brèche aux droits du propriétaire du sol. La mine forme désormais une propriété distincte de la surface, propriété qui appartiendra au concessionnaire choisi par le Gouvernement. Quant au droit du propriétaire du sol, il se traduira par une simple redevance que le tréfonds paiera à la surface, redevance toute particulière, qui constitue une véritable rente foncière due par la mine au sol. Le propriétaire de la surface est, en quelque sorte, exproprié de son droit théorique au tréfonds, moyennant une indemnité qui se résume en une redevance servie par la mine à la surface.

Au fond, cette conciliation des droits divers est de pure forme ; elle ne paraît pas très heureuse. La redevance fixée par l'acte de concession du Gouvernement est devenue, avec le temps, absolument dérisoire. Le plus souvent, elle est fixée à cinq ou à dix centimes par hectare de surface. Il semblerait plus naturel et plus digne de poser le principe nouveau, que les mines appartiennent au domaine public, et ne sont en rien une dépendance de la surface. Que si l'exploitation de la mine cause un préjudice à la surface, le droit commun suffira pour régler l'indemnité due au propriétaire du sol.

La découverte des gorges du Tarn, c'est-à-dire de rivières souterraines et de grandes cavernes, qui présentent un intérêt de curiosité et attirent une grande affluence de visiteurs, offrira peut-être, comme le fait remarquer M. Planiol, une autre application du principe contestable que la propriété du sol doit emporter la propriété du dessous.

J'arrive au second exemple que je tiens à signaler, à raison de l'importance qu'il paraît devoir prendre dans notre siècle. Les découvertes scientifiques de nos jours vont, en effet, à propos des principes du Code civil, faire naître un problème d'un intérêt aussi puissant que celui des mines, le problème que l'on désigne sous le nom imagé de la *houille blanche.*

Les eaux vives, les torrents et les rivières ont été utilisés de tout temps pour produire la force motrice, l'énergie. Mais la conversion de cette énergie en électricité permet de l'emmagasiner, de la transporter à des distances considérables, ce qui donne à l'aménagement des chutes d'eau une valeur de premier ordre et un rôle industriel complètement nouveau. On a calculé qu'en France les forces hydrauliques pourraient présenter une dizaine de millions de chevaux-vapeur. Reste à savoir si les droits que le Code civil, dans son art. 644, reconnaît aux riverains d'un cours d'eau qui borde ou traverse leur propriété, ne seront pas un obstacle sérieux à l'utilisation de cette force considérable. Du jour, en effet, où l'on a reconnu l'immense profit que l'on pourrait retirer des chutes d'eau dans un avenir prochain, la spéculation s'en est mêlée. Des *barreurs de chute*, comme on les appelle, ont surgi de tous côtés, c'est-à-dire que des individus se sont empressés d'acquérir un coin de rive bien situé, pour mettre en avant leurs droits de riverains, exagérer leurs prétentions, et faire acheter à un prix exorbitant leur consentement à l'utilisation de la chute.

Il ne peut entrer dans ma pensée d'exposer, même succinctement, les divers systèmes qui se sont produits : il y faudrait un volume. Car tout, en cette matière, est sujet à discussion. Faudra-t-il, comme pour les mines, recourir à une concession de l'Etat, qui accorderait l'exploitation de la chute à un individu, sous telle et telle condition ? Cette concession administrative sera-t-elle temporaire ou perpétuelle, et créera-t-elle une propriété distincte ? Faut-il, au contraire, respecter le droit des riverains, les laisser s'entendre entre eux, ce qui donnerait plus de sécurité aux industriels traitant avec eux, et moins de prise aux faveurs administratives, ou aux brigues politiques ? Mais le droit même des riverains à l'utilisation de l'eau, comme force motrice, est déjà contesté, bien qu'il semble découler logiquement des règles du Code civil. Si l'on admet ce droit des riverains, droit qu'il est difficile de nier, suffirait-il, comme le demandaient les industriels de Grenoble et de Saint-Etienne, de faire une loi

nouvelle, qui fournirait un moyen légal de vaincre la résistance d'un barreur de chute? On regarderait le torrent comme formant une richesse indivise entre les divers riverains, d'où naîtrait le droit pour chacun d'eux de demander la licitation de cette richesse indivise, de faire adjuger l'exploitation de la chute au plus offrant, et de partager le prix entre les riverains proportionnellement à leurs droits respectifs. Je ne fais qu'indiquer ces propositions dont on trouverait le développement dans le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, (voir les rapports de MM. Berthélemy et Michoud, année 1902, *Bulletins* 2, 3, 4 et 5, question 2).

Pour terminer cette étude, il me reste un dernier point de vue à examiner : les limitations apportées par le Code civil à la propriété individuelle.

L'art. 644 C. civ. définit la propriété, « le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue* ». Ce pouvoir du propriétaire, sans aucune restriction, rendrait évidemment la société impossible. Il suffirait du mauvais vouloir d'un seul pour arrêter la création d'une route utile à toute une contrée, la construction d'un fort indispensable à la défense nationale. La société, elle aussi, est un fait nécessaire, car seule elle permet à l'homme d'atteindre son développement physique, intellectuel et moral, de pourvoir à tous les besoins de l'âme et du corps. La société a donc des droits, et ce sont ces droits de la société qui viennent limiter et restreindre ceux de la propriété individuelle. Il faut donc que la propriété se plie et s'adapte à la nature sociable de l'homme, qu'elle subisse des restrictions sans lesquelles la vie sociale deviendrait impossible.

Cette vérité ne pouvait être méconnue par les auteurs du Code civil (voir Locré, I, 177, et IV, 77, 78). Aussi l'art. 544 ajoute-t-il à sa définition, que la propriété est le droit de disposer de la manière la plus absolue, « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Comment le Code a-t-il compris ces limites à apporter au droit de propriété? Portalis s'est efforcé de montrer que le pouvoir de l'Etat ne dérivait point d'un domaine éminent qu'il aurait sur les terres, mais d'un simple pouvoir de réglementation dans l'intérêt général. L'Etat n'intervient pas comme maître, mais comme arbitre et régulateur, pour le maintien du bon ordre et de la paix (Locré, IV, 78).

La plus importante de ces restrictions est, sans nul doute, l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le Code, dans son article 545, posait déjà les deux conditions qui peuvent la justifier et la rendre moins dure pour le propriétaire, à savoir : la déclaration d'utilité publique, l'indemnité juste et préalable. Ces deux conditions ont servi de base à la loi du 3 mai 1841. Il est à remarquer que nos législateurs n'ont pas étendu l'expropriation aux choses mobilières, par exemple, à des chefs-d'œuvre d'art qu'il importerait de faire rentrer dans nos collections publiques pour l'ins-

truction des générations à venir. On ne saurait l'en blâmer : la pente est si glissante sur cette voie.

En second lieu, notre Code a créé toute une série de servitudes naturelles et légales dans l'intérêt des bonnes relations de voisinage entre particuliers. Il a montré sur ce point une réserve non moins sage, dont il faut lui savoir gré.

Mais on se ferait une idée bien incomplète des limites au droit de propriété si l'on se bornait à celles posées par le Code civil. Des lois spéciales, et surtout le droit administratif les ont multipliées. La voirie, l'hygiène, la défense militaire, la police, les facilités à donner aux grands travaux publics, ont fait naître une réglementation touffue et complexe, qui a centuplé les entraves au droit de propriété. Et dans ces lois, on n'a pas toujours imité la prudente réserve, la discrétion, du Code civil. Pas n'est besoin d'insister.

Je n'ajouterai qu'un mot : la tendance actuelle est évidemment d'augmenter sans cesse, dans l'intérêt général, ces restrictions au droit individuel. Les lois récentes sur la conservation des monuments historiques et des objets d'art (voir la législation italienne et la loi française du 30 mai 1887), ont même fait naître une conception juridique un peu nouvelle, que l'on désignerait sous le nom de « *la propriété sociale* », pour marquer une étape de l'évolution progressive du droit de propriété dans un sens de moins en moins individuel. Dans l'œuvre d'art, dit-on, (et la théorie pourra s'étendre à bien d'autres objets), il y a deux parts distinctes : la part intellectuelle, c'est-à-dire la pensée de l'artiste, l'idéal qu'il a incarné dans une forme quelconque, et une part matérielle, cette forme même qui a servi à réaliser sa pensée, son idéal. La première appartiendrait à la société, qui aurait mission de la protéger, d'en assurer la conservation et le bénéfice aux générations à venir : la seconde seule, qu'elle fût tableau, marbre ou bronze, ferait l'objet de la propriété privée, mais propriété grevée de servitudes, soumise à des conditions propres à garantir la première part, apanage de la société (Voir, dans la *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, un article de M. Saleilles, année 1895).

Qu'il y ait deux éléments distincts dans toute œuvre d'art, c'est incontestable. Ce qui l'est moins, c'est d'attribuer à la société la première part, la pensée de l'artiste, l'idéal réalisé par lui. Cette pensée semblerait plutôt du domaine de l'humanité que d'une société donnée. Et puis, pourquoi l'artiste, créateur de l'œuvre, n'aurait-il pu la transmettre tout entière à un particulier ? Il faut donc chercher ailleurs une base aux prétentions sociales sur cette œuvre d'art. Mais la discussion de cette question, comme celle de la propriété littéraire, nous entraînerait trop loin. Le seul point important pour notre étude est de déterminer s'il est nécessaire de voir là une évolution nouvelle du droit de propriété.

Je ne le crois pas : les auteurs du Code civil ont parfaitement compris que la propriété individuelle comportait des limites, et devait se plier aux nécessités sociales. D'autre part, comme le dit fort bien M. Saleilles, ces limites doivent varier suivant la nature des objets sur lesquels porte la propriété. Si donc la conservation d'objets d'art, ou de collections d'objets d'art, présente, dans tel ou tel pays, un caractère plus marqué d'utilité publique, un intérêt vraiment national, si ces œuvres et ces collections constituent une source de revenus et de vie pour un peuple, on comprend que le législateur prenne des mesures pour les protéger, garantir leur conservation, en empêcher l'expatriation. A lui de voir s'il doit stipuler pour l'Etat un droit de préemption en cas de vente, ou même, s'il n'y aurait pas lieu d'édicter une extension de l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant juste et préalable indemnité, etc., etc. Il n'en reste pas moins vrai que les principes posés par le Code civil peuvent suffire à légitimer ces cas exceptionnels, et que les législateurs futurs feront sagement d'imiter sa réserve, et de restreindre dans d'étroites bornes les limitations à la propriété individuelle. Pour ne prêter à aucune équivoque, qu'ils visent à la propriété sociable plus qu'à la propriété sociale. La société n'y perdra rien.

J'ai essayé de résumer l'esprit de notre Code civil sur la propriété. Il s'est inspiré du droit romain qui avait été l'expression la plus énergique et la plus scientifique de la propriété individuelle. Il a fortement sanctionné ce droit individuel qui, malgré toutes les attaques dont il est l'objet, reste le pivot et le moteur de nos civilisations modernes. Je n'ai pas cherché à dissimuler ses imperfections. Il est facile de les comprendre et juste de les excuser.

A une époque où il s'agissait de refondre et de codifier tout le droit privé, c'est-à-dire la plus vaste branche de la science juridique, réglementer, dans cette refonte générale, la propriété qui venait de subir une transformation complète par l'abolition du régime féodal, était une tâche ardue entre toutes, car on rompait avec un passé de plus de dix siècles. Après la tourmente révolutionnaire, il était malaisé de prévoir les directions nouvelles que prendraient les esprits, de pressentir les besoins futurs de cette société qui commençait. Et pourtant, le Code a posé des règles et des principes assez larges pour que la jurisprudence ait pu, presque toujours, les adapter à des modifications sociales, à des transformations d'industrie, de commerce, de relations internationales, telles que nul ne pouvait les soupçonner.

Sa théorie reste debout, dans toutes ses grandes lignes. Quelques taches, disséminées çà et là, dans une œuvre aussi vaste et aussi complexe, ne sauraient diminuer le mérite de ceux qui l'ont édifiée sur des bases aussi solides que naturelles.

Et pourtant, dans notre siècle, cette théorie a été l'objet d'attaques formidables et incessantes de toutes les écoles socialistes, depuis le communisme jusqu'au socialisme anarchiste, depuis le collectivisme jusqu'au socialisme d'Etat. Les doctrines les plus opposées se sont unies pour la combattre. Elle a trouvé des adversaires dans tous les pays : ne citons que Saint-Simon, Fourier, Proudhon en France, Karl Marx et Lasalle en Allemagne, Bakounine en Russie, etc., etc.

Si l'on considère que ces diverses doctrines socialistes pénètrent de plus en plus dans les masses populaires, surtout dans les masses ouvrières, si l'on songe qu'elles ont une répercussion jusque dans nos assemblées législatives, et que, trop souvent, des lois fiscales les ont introduites subrepticement dans la pratique, par des droits de mutation, des droits de succession exagérés, qui forment une véritable confiscation et l'atteinte la plus dangereuse à la propriété, on saura quelque gré aux auteurs du Code civil d'avoir nettement pris pour base la Déclaration des Droits de l'homme du 20 août 1789, disant que « la propriété privée est inviolable et sacrée ». Il faut reconnaître qu'en sanctionnant énergiquement cette propriété privée, ils ont élevé un solide rempart contre les utopies nouvelles et les expérimentations sociales hasardeuses.

Je terminerai cette rapide revue par trois conclusions très simples : 1° Et d'abord, il convient de défendre, sans aucune défaillance, cette théorie du Code sur la propriété privée, si nous voulons éviter à la société les plus redoutables secousses. Elle est notre sauvegarde ; 2° en second lieu, nous devons essayer d'en combler peu à peu les lacunes. Mais n'y touchons qu'avec une extrême prudence et une sage lenteur : défions-nous des réformes hâtives, écloses sous l'impulsion du caprice d'un jour; 3° enfin, rendons pleinement hommage à ceux qui nous ont donné le Code civil. S'il n'atteint pas la perfection (quel ouvrage de l'homme saurait y prétendre?), il n'en est pas moins une œuvre bonne, et même une œuvre supérieure, si l'on se reporte à l'époque de sa confection, ce qui est de toute justice. Il fait honneur au Droit français, qui, grâce à lui, a rayonné au loin.

B. Terrat.

Louis JOSSERAND
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lyon

Essai sur la Propriété collective

ESSAI SUR LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

S'il est un reproche immérité qui ait été adressé à l'intervention législative en général, et tout spécialement à notre Code civil, c'est bien celui de former obstacle à tout progrès en tarissant les sources naturelles du droit et en cristallisant la conscience juridique d'un pays à un moment donné; nos annales judiciaires suffisent amplement à dénoncer l'injustice du grief devenu classique, qui fut articulé par Savigny, puis reproduit à satiété par les champions intransigeants de la révélation directe et spontanée du droit. En dépit de son mérite incontesté et du vaste rayonnement qu'elle projeta sur le monde, l'œuvre du Premier Consul n'a pu, échappant à la loi nécessaire de l'évolution, se maintenir immobilisée et fermée à toute influence ambiante; mais elle a dû se laisser abondamment pénétrer, à peine de destruction, par les facteurs sociaux, économiques, scientifiques, qui concourent à fixer à tout instant la physionomie changeante d'un peuple. C'est ainsi que, se rajeunissant sans cesse au contact de l'actualité, s'enrichissant d'additions et d'interprétations nouvelles, elle a pu atteindre son centenaire sans rien perdre de son autorité; elle a évolué plutôt qu'elle n'a vieilli.

Or, l'évolution bienfaisante s'est poursuivie sans relâche dans une même direction : elle a été constamment *sociale*. Plus l'œuvre monumentale avance en âge et plus elle se socialise profondément, tant il est vrai qu'elle s'imprègne de l'atmosphère où elle vit et pour laquelle elle se réalise! Telle institution édifiée par les rédacteurs du Code dans un style purement individualiste a été orientée dans la suite vers un idéal plus large, moins égoïste, et cela sans intervention législative aucune, par la force des événements et conformément aux destinées du pays. Le phénomène est de toute notoriété pour la puissance paternelle, pour la responsabilité, pour la propriété en général; il est moins connu pour la propriété à titulaires multiples, la propriété dite *collective*. C'est qu'ici sa manifestation est toute récente; c'est à peine si le point de vue social vient de s'opposer enfin à l'antique conception individualiste.

Il y a peu d'années encore la propriété dite collective nous apparaissait nécessairement sous l'une des deux formes traditionnelles et antithétiques : indivision ou personnalité morale.

Cette conception simpliste ne se distinguait pas seulement par son indigence manifeste; elle aboutissait en définitive à la négation même de toute propriété vraiment, ouvertement, collective. Car l'indivision, legs fâcheux que nous a transmis le droit romain et qui a pesé lourdement sur le développement de nos institutions, n'est en réalité qu'une propriété individuelle et chaotique, chaque part indivise jouissant vis-à-vis des autres d'une complète autonomie pour faire corps, dans le patrimoine du copropriétaire, avec les droits dont il a la maîtrise absolue; et, d'autre part, si les biens appartenant à un établissement personnifié ont une affectation collective, il n'en reste pas moins vrai qu'ils relèvent d'une personne unique, l'être moral qui synthétise les volontés individuelles et qui a conquis, vis-à-vis d'elles, le droit à une existence distincte. Et ainsi ces deux formes classiques de la propriété collective ne sauraient jouer que très approximativement le rôle auquel elles prétendent, l'une étant unitaire par ses tendances comme par le régime d'isolement, de fractionnement, auquel elle est soumise, l'autre étant individuelle dans sa configuration juridique, dans son sujet actif qui est un.

Aussi une troisième forme de propriété commune a-t-elle surgi récemment entre les deux types traditionnels : à vrai dire, elle ne constitue pas une nouveauté; depuis des siècles, et particulièrement en pays germanique, elle se réalise largement dans des domaines divers. Mais notre Code civil l'avait passée sous silence et semblait l'avoir ignorée, et l'oubli s'était fait sur la propriété en main commune, c'est-à-dire la copropriété sans indivision comme sans personnification, la propriété collective par excellence. Or, la vieille institution qu'est la *Gesammte Hand* vient d'être évoquée à nouveau; sous la suggestion de la littérature et de la législation allemandes, des jurisconsultes français ont pensé qu'il y avait place dans notre droit pour une forme de propriété commune, à la fois pure de toute indivision et étrangère à toute idée de personnalité morale, collective tant par son affectation que par sa structure juridique. Et la possibilité apparut, confusément d'abord, puis avec une clarté plus vive, d'une masse commune qui, échappant à toute emprise individuelle, vouée à une destinée purement collective, n'appartiendrait cependant pas à un être moral distinct, mais bien à tous les membres de la collectivité, de telle sorte que nul d'entre eux ne pourrait s'affirmer propriétaire, même pour une part infime, des biens mis en commun, mais que ces biens, pris dans leur ensemble, appartiendraient à l'ensemble des intéressés : la totalité est à tous et le patrimoine commun faisant bloc se trouve sauvé de l'indivision, sans cependant s'appuyer sur une personnalité juridique qui masquerait la pluralité des ayants droit.

C'est d'hier que date, pour la *Gesammte Hand*, ce renouveau d'actualité,

et déjà il a suscité une littérature abondante (1). Notre ambition serait de contribuer quelque peu à fixer les contours de cette institution si souple et si féconde ; et il nous a paru que la meilleure voie à suivre consisterait à mettre la *Gesammte Hand* successivement en contact avec les deux formes classiques de la propriété collective entre lesquelles elle est apparue et qu'elle menace d'entamer. Il est en effet certain qu'elle ne saurait réaliser aucun progrès qui ne soit nécessairement une défaite ou un recul pour la personnalité morale ou pour l'indivision ; nouvelle venue, elle en est réduite à déborder sur l'un ou l'autre des domaines jadis réservés à ces deux formes de la propriété collective. Nous voudrions rechercher si cette pénétration est désirable, quelles en seraient les conséquences et dans quelle mesure il est à prévoir qu'elle se réalisera : par là même se trouvera dégagée la physionomie juridique de la propriété en main commune.

I. Propriété commune et personnalité morale

Au dire de plusieurs civilistes éminents, la propriété commune aurait, vis-à-vis de la personnalité morale, le champ absolument libre ; elle ne devrait pas se borner à concurrencer, plus ou moins efficacement, l'institution rivale ; sa destinée serait de la supplanter purement et simplement, ou plutôt, la propriété des personnes morales n'aurait jamais été différente de la propriété en main commune, la personnalité civile n'étant qu'une construction purement artificielle imaginée par les juristes pour abriter commodément la propriété collective ; cette construction a pu faire illusion pendant longtemps : elle n'est qu'un trompe-l'œil. Il est aisé d'en percer la vanité pour mettre à jour la réalité qui est le rattachement des droits de la collectivité aux personnes physiques qui la composent ; car, seuls. peuvent posséder des droits les êtres humains pour qui ils ont été créés : « C'est une idée incompréhensible, écrit M. Planiol, qu'il puisse y avoir sur la terre des titulaires de droits autres que les hommes » (2). C'est donc s'en tenir à une conception superficielle et fausse, c'est commettre un abus de langage que de parler de personnes immatérielles ; la vérité est simplement qu'il existe des « biens collectifs à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle » (3). Ce n'est pas à la

(1) Voy. notamment : Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, dans les *Annales de droit commercial*, 1895, p. 10 et 49 et 1897, p. 29 ; Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*, Thèse Paris, 1899 ; Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Thèse Paris, 1902 ; Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 811.

(2) *Traité de droit civil*, 1er vol., p. 983, note 3, dans la 3e édition.

(3) Planiol, *loc. cit.*, 1er vol., p. 982.

France qu'appartient le Louvre, ce n'est pas l'Angleterre qui est propriétaire du *British Muséum* : ces richesses collectives appartiennent aux Français et aux Anglais qu'on voudrait vainement masquer en faisant intervenir une prétendue personne morale, c'est-à-dire un être imaginaire et chimérique. Le moindre danger de cette intervention serait de déformer la réalité en imprimant à la propriété des biens communs un caractère unitaire qui ne lui convient point. Le temps est venu de dissiper le fantôme de la personnalité morale pour ne retenir que la réalité qu'il recouvre : un patrimoine collectif sans indivision, dont tous les éléments se rattachent aux individus composant la collectivité, c'est-à-dire un patrimoine en main commune.

Pareille conception se retrouve sous la plume de maints jurisconsultes tels que M. Gény (1) et surtout M. de Vareilles-Sommières, dont l'important ouvrage sur les *personnes morales* est consacré tout entier à la démonstration de cette thèse que l' « homme seul ici-bas est une personne », que la personne morale est un être fantastique, aussi étrange qu'inutile et dont rien ne justifie la création, car « la personnalité fictive ne produit aucun effet pratique, n'a aucune conséquence juridique » : elle n'est qu'une « fiction purement artistique » (2).

Si cette théorie était exacte, la propriété en main commune acquerrait, et en quelque sorte rétrospectivement, un domaine illimité : elle prendrait, dans le passé et dans l'avenir, la place de la propriété des personnes juridiques, qui ne furent jamais que des fantômes vains et dangereux.

Mais cette restauration rétroactive nous a paru se heurter à des objections décisives. Nous nous proposons de démontrer que la notion de la personnalité morale n'est point une chimère inopérante qui se puisse dissiper impunément, qu'autre chose est le patrimoine des personnes juridiques, autre chose la propriété en main commune et qu'il existe entre ces deux conceptions beaucoup plus qu'une différence d'étiquette.

I. Un coup d'œil jeté sur les législations contemporaines suffirait à nous mettre en garde contre une assimilation hâtive. Si la personnalité morale

(1) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, notamment p. 122 et 137.

(2) M. de Vareilles-Sommières et M. Planiol se réclament de l'autorité d'Ihering, qui, après Bolze cependant, aurait été le véritable promoteur de l'opinion qu'ils défendent. — Après avoir lu les passages de l'*Esprit du droit romain* et du *Zweck im Recht* auxquels ces auteurs font allusion, nous serions fort tenté de récuser le patronage illustre sous lequel on prétend placer la théorie dont nous entreprenons la réfutation. Il est bien vrai que Ihering voit dans la personnalité morale une simple construction juridique recouvrant la réalité des faits. Mais il ne propose nullement d'en faire bon marché; il la considère comme tout à fait indispensable; il estime que l'être moral est l'*ayant cause technique nécessaire* des individus composant la collectivité et il comprend la personnalité juridique comme le correctif obligé de leur indétermination.



n'est qu'une chimère éclose dans le cerveau de juristes en mal d'invention, on s'étonnera que les législateurs de tous les pays aient pu la prendre au sérieux et qu'ils lui fassent, dans leurs œuvres qui sont cependant d'ordre essentiellement pratique, une place sans cesse grandissante. Car l'essor législatif de la personnalité morale est un des phénomènes les plus constants, les plus indéniables, du mouvement juridique contemporain. Alors que notre Code civil ne contient pas un mot qui se rapporte avec certitude à cette institution, certaines lois récentes se réfèrent formellement à elle. Déjà, la loi municipale du 5 avril 1884 parle dans son article 111, 3ᵉ al., de la *personnalité civile;* la loi de finances du 28 avril 1893 emploie le même langage dans son article 71, 1ᵉʳ al.; puis, c'est la loi du 19 décembre 1900, qui, dans son article 1ᵉʳ, pose ce principe que « l'Algérie est dotée de la personnalité civile ». Et, plus récemment encore, la loi du 1ᵉʳ juillet 1901 sur le contrat d'association est toute imprégnée de la même conception : lorsqu'elle accorde aux associations déclarées la *capacité juridique*, lorsqu'elle permet aux associations reconnues d'utilité publique de faire *tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts*, elle se réfère sans aucun doute à cette notion de la personnalité morale qui s'est emparée de tous les esprits.

L'examen des législations étrangères est plus instructif encore et l'on peut poser en principe que *plus un Code est récent, plus large est la place qu'il fait à la personnalité morale.* Le Code civil italien de 1865 se contente d'affirmer dans l'article 2 la personnalité civile des communes, provinces, établissements publics, etc. C'est déjà un chapitre que le Code civil espagnol de 1889 consacre aux personnes juridiques (chapitre 2 du titre 2, livre I). C'est un titre tout entier que le législateur allemand leur a réservé dans le Code de 1900 : après s'être occupé des personnes physiques dans un titre 1ᵉʳ, il traite dans le titre 2ᵉ de la même section des personnes juridiques (art. 21 à 89). L'opposition entre les deux catégories de personnes acquiert ainsi, dans cette œuvre monumentale, toute l'ampleur et la vigueur désirables; elle se retrouve dans l'avant-projet de Code civil suisse rédigé sous l'influence prépondérante du professeur E. Huber : le premier livre est divisé en deux titres, l'un consacré aux personnes physiques, le second aux corporations et établissements, c'est-à-dire aux personnes juridiques.

Mais ce n'est pas seulement aux personnes physiques que les monuments législatifs contemporains opposent les personnes juridiques ; c'est aussi, et l'observation est plus décisive encore que la précédente, aux patrimoines en main commune. On distingue avec soin quelles seront, parmi les collectivités, celles qui seront personnifiées et celles qui, tout en échappant au régime néfaste de l'indivision, ne pourront prétendre au bienfait de la personnification. C'est ainsi que le Code civil allemand distingue deux

catégories d'associations, les unes auxquelles il reconnait la capacité juridique : ce sont celles qui ont été enregistrées; les autres qu'il déclare régies par les dispositions relatives aux sociétés, c'est-à-dire par les règles de la *Gesammte Hand*, et parmi celles-là figurent notamment les associations qui n'ont pas été régulièrement inscrites sur les registres (art. 54 et 705 à 740). Pareille distinction est établie aussi nettement par l'avant-projet du Code civil suisse dans l'article 81. A quoi bon cette différenciation, cette antithèse saisissante, si le patrimoine des collectivités personnifiées et celui des communautés sans indivision sont nécessairement régis par des règles identiques ? Ou bien les législateurs modernes ont été les victimes d'une hallucination persistante et qui va s'aggravant sans cesse, ou bien la personnalité morale et la *Gesammte Hand* sont des institutions de nature différente, ce qui revient à dire que la personnification des collectivités n'est pas un mot et que des conséquences pratiques y sont attachées.

Et comment n'en serait-il point ainsi puisque les deux institutions sont d'ampleurs et de significations fort inégales? Pour peu qu'on pénètre dans leur structure intime, on se trouve arrêté par deux différences d'ordre primordial qui s'opposent à toute tentative d'identification.

1° La *Gesammte Hand* est avant tout une forme de la propriété ou, si l'on veut et d'une façon plus générale, une forme de tenure pour les droits patrimoniaux ; c'est une notion d'ordre essentiellement patrimonial et économique. On ne concevrait pas de *communauté*, aussi bien sans indivision qu'avec indivision, en l'absence de *biens mis en commun*. La terminologie usitée, tant en Allemagne qu'en France, est suffisamment probante à cet égard : *Gesammte Hand*, propriété en main commune, copropriété germanique, copropriété sans indivision ; voilà autant d'appellations qui impliquent l'existence d'une masse commune et qui situent clairement cette institution dans le chapitre de la propriété.

Faut-il en dire autant de la personnalité morale ? Comme la *Gesammte Hand*, implique-t-elle absolument l'existence d'une masse de biens ? On l'a prétendu ; on a affirmé qu'elle n'est pas autre chose qu'un *état particulier de la richesse*, *la propriété sous sa forme collective*, et que, par création d'une personne morale, il fallait entendre tout simplement « la formation initiale d'un patrimoine collectif » (1). Et en effet ce point de vue s'impose à quiconque prétend identifier la *Gesammte Hand* avec le patrimoine des personnes juridiques.

Les faits et les textes législatifs donnent un éclatant démenti à cette conception matérialiste et quasi-féodale de la personnalité civile. Car elles sont nombreuses les personnes juridiques qui ne possèdent point de

---

(1) PLANIOL, *op. cit.*, 1er vol., notamment nos 3007, 3017, 3032 et 3033.

richesses ou dont les richesses ne jouent, dans leur existence ou dans leur fonctionnement, qu'un rôle tout à fait secondaire et presque négligeable ; dira-t-on d'une association d'étudiants, d'un syndicat professionnel, que « leur personnalité est synonyme de propriété collective ? » Ce serait fausser l'esprit même de pareils groupements : les personnes qui s'unissent pour se prêter une mutuelle assistance, pour défendre leurs intérêts professionnels, pour se créer un lieu de rendez-vous où elles pourront se réunir, causer et lire en commun, ne songent guère à constituer un état particulier de la richesse. Ce qu'elles entendent mettre en commun, ce ne sont pas leurs biens, mais leur activité, leurs intérêts vitaux, leurs aspirations, leurs loisirs, et jusqu'à leurs infortunes. La richesse collective, à supposer qu'elle existe, se limitera assez souvent au produit de cotisations modiques qui constitueront le moyen et non le but de l'entreprise, qui resteront sans influence sur sa physionomie et qui, à plus forte raison, ne lui insuffleront pas la vie. Et c'est bien pourquoi le législateur du 1er juillet 1901, dans la définition qu'il nous donne du contrat d'association, passe complètement sous silence la mise de biens en commun : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». L'élément richesse n'apparaît aucunement dans cette formule et la personnalité pourra parfaitement échoir à telle association qui ne recouvrira cependant aucun bien commun.

Nous pouvons donc tenir pour indéniable l'indépendance des deux notions de personnalité morale et de propriété : *les richesses collectives ne créent pas plus les personnes morales que les richesses individuelles ne créent les personnes physiques*. Ce sont les personnes qui donnent aux biens leur signification et leur valeur économique ; ce ne sont pas les biens qui engendrent les personnes, et l'on peut affirmer que la notion de la personnalité morale dépasse la propriété collective autant que l'idée de personnalité physique domine la propriété individuelle (1).

2° Mais si les personnes morales n'évoquent pas nécessairement l'idée de richesse collective, en revanche elles impliquent fatalement l'existence d'un organisme représentatif. Qu'elles relèvent du droit public ou du droit privé, qu'elles s'appellent Etat, département, commune, hospice, université, société, association, elles sont concrétisées par des organes qui exécutent la volonté collective : ministres, préfets, maires, administrateurs, gérants, etc. On ne concevrait pas mieux qu'une personne morale, être abstrait, immatériel, demeurât sans représentant, qu'on n'imaginerait

(1) Voyez en ce sens, Emm. Lévy, l'*Exercice du droit collectif*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 99, et Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 169 et 170, dans la 2e édition.



qu'un enfant en bas âge restât sans tuteur ou sans administrateur légal ; une telle situation se ramènerait en définitive à une véritable incapacité de jouissance, c'est-à-dire pratiquement à l'inexistence. M. Hauriou va même jusqu'à faire, de la constitution d'organes représentatifs, la condition nécessaire et suffisante de la personnification des circonscriptions ou des services administratifs : « En fait, la personnalité juridique apparaît lorsqu'il s'est créé dans une individualité administrative (circonscription ou service) des organes représentatifs prenant des décisions exécutoires sur des intérêts considérés comme propres à cette individualité » (1).

Or, la *Gesammte Hand*, au contraire, n'implique pas nécessairement l'existence d'un organisme représentatif, précisément parce qu'elle n'est qu'une agglomération d'individualités physiques, et l'on concevrait que l'administration de la masse collective fût exercée par la totalité de ces individualités : *le patrimoine en main commune est une situation collective naturellement inorganisée*. Sans doute, les communistes peuvent confier l'administration à l'un d'eux; mais, outre que ce procédé est en principe facultatif, le communiste à qui échoira cette tâche ne sera pas dans une situation comparable à celle du représentant d'une collectivité personnifiée; tandis que celui-ci est l'organe même de la personne morale qui parle, qui agit par lui, qui ne pourrait vivre sans lui, le communiste chargé de gérer le patrimoine en main commune n'est que le préposé des autres ayants droit; il n'exerce aucune prérogative qui ne soit la leur; ce sont eux-mêmes qui agissent par son intermédiaire; son rôle facilite et simplifie le règlement et la défense des intérêts communs : il n'est pas rationnellement nécessaire (2).

Et nous arrivons ainsi, après avoir signalé ces deux différences qui séparent irréductiblement la *Gesammte Hand* et la personnalité morale, à la différence essentielle, organique, d'où les précédentes découlent en droite ligne, différence qui tient tout entière dans la puissance d'unification inhérente à la notion de la personnalité juridique : elle ramasse en une résultante unique toutes les forces engagées dans une entreprise ; elle réalise la synthèse des volontés individuelles, qui, au prix de leur individualité même, viennent se fondre dans le creuset commun pour constituer l'être moral en qui se résumeront tous les droits, toutes les aspirations, comme toutes les charges de la collectivité. — Pareille synthèse demeure étrangère aux communautés non personnifiées; par définition même, elles ne dégagent pas une âme collective, elles ne s'animent pas; elles restent des juxtapositions, des additions de personnes physiques, d'individualités

---

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 5e édit., p. 193. L'auteur fait de cette formule une démonstration qui nous paraît péremptoire.

(2) Cette nuance, très facilement perceptible, a été signalée déjà par M. Saleilles et par M. Masse, *op. cit.*, p. 77 à 79.

simplement rapprochées, jamais confondues, et qui constituent, en première comme en dernière analyse, les titulaires véritables des droits de la collectivité.

II. Une telle différence organique doit se traduire par des différences pratiques, concrètes, entre les personnes morales et les communautés non personnifiées.

Certes, ces différences ne doivent pas être exagérées et il est bien vrai que les deux conceptions présentent, par leurs tenants et aboutissants, de multiples points de contact. Ne supposent-elles pas l'une et l'autre, en effet, un patrimoine doué d'une affectation spéciale, faisant bloc pour la réalisation d'un but commun? Or, cette idée permet, à elle seule, d'obtenir bon nombre de résultats que certains interprètes rattachent, bien à tort, à la notion de personnalité morale. Elle suffit notamment à soustraire les biens mis en commun à toute impulsion individuelle de la part des ayants droit qui ne pourront les aliéner ni les hypothéquer, même pour partie, et qui ne pourront pas davantage, en assumant des obligations, les faire pénétrer dans le gage de leurs créanciers personnels. Sociaux par leur destination, les biens placés sous la main commune ne sauraient recevoir qu'une impulsion sociale et constitueront donc le gage exclusif des créanciers sociaux, alors même que le groupement dont ils relèvent n'aurait pas été personnifié. Pour la même raison, il ne faudra pas parler de compensation entre un rapport obligatoire personnel à un associé et un rapport qui figure, activement ou passivement, dans le patrimoine collectif. Par exemple, une créance commune ne saurait servir à éteindre, par le jeu de la compensation, et à peine d'être détournée de son affectation, une dette personnelle à l'un des associés. L'autonomie du patrimoine collectif suffit à assurer ces résultats et d'autres encore, sans qu'il soit besoin de faire appel à l'idée de personnalité ; les sociétés civiles du droit allemand et la communauté entre époux de notre droit français en fournissent la démonstration éclatante. Ces collectivités ne sont nullement personnifiées; pourtant, le patrimoine qui leur correspond a une suffisante autonomie pour aller droit au but, sans crainte d'être influencé et détourné de sa route par le voisinage des patrimoines personnels aux associés ou aux époux.

Il y a donc beaucoup d'exagération (1) chez certains auteurs qui semblent s'être complus à fortifier et à multiplier, entre les personnes morales et les collectivités non personnifiées, des frontières inconnues de

---

(1) Cette exagération a été bien mise en lumière par M. Mongin, dans son *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, *Revue critique*, 1890, p. 697.



nos anciens jurisconsultes comme du droit romain. Mais c'est commettre en sens inverse une exagération aussi grave que de prétendre faire table rase de toutes ces frontières et d'affirmer, comme l'ont fait MM. Planiol et de Vareilles-Sommières, que la personnalité morale, simple création doctrinale, impuissante à produire le moindre effet pratique, pourrait être rayée impunément de nos institutions. Ecrire ainsi, c'est méconnaître le rôle d'unification, de synthèse, qui est dévolu à la personnalité morale : c'est dénier la vie à un organisme bien vivant cependant; c'est faire bon marché de conséquences qui dérivent en droite ligne de la personnalité morale et dont nous nous contenterons d'indiquer ici les plus saillantes.

On peut dire de la personnalité morale qu'elle influe sur la validité des actes intéressant la collectivité, — sur la durée des droits collectifs, — sur leur exercice (1).

1° *Validité des actes intéressant la collectivité.* — Assez fréquemment elle sera subordonnée à la personnification de la collectivité. Exemple : aux termes de l'article 450 3e al. C. civ., le tuteur ne peut acheter les biens du mineur ni les prendre à bail : l'acte conclu contrairement à cette défense serait certainement annulable. Supposons qu'un tuteur fasse partie d'une collectivité, d'une association par exemple; cette association achète un immeuble du pupille ou bien le prend à bail : l'opération ainsi conclue est-elle valable ? Si la collectivité n'est pas personnifiée, la négative nous paraît certaine ; l'opération est annulable, au moins dans la mesure où elle intéresse le tuteur car, dans cette mesure, elle a bien été réalisée par lui ; dans cette mesure, il a acquis ou il a pris à bail contrairement à l'article 450 : le mineur pourra poursuivre l'annulation de l'acte irrégulier. Il ne le pourra pas si l'association est personnifiée, car alors le tuteur n'a rien acquis, il n'a pas pris à bail; ce n'est pas lui qui a traité avec le pupille, mais bien l'association, personne morale : elle seule est devenue propriétaire ou locataire pour le tout. Or, entre elle et le mineur, n'existait aucun empêchement légal : le terrain était libre pour la conclusion d'actes juridiques.

Renversons maintenant l'hypothèse : c'est le mineur qui fait partie de l'association et il est question de vendre un des immeubles communs. La vente pourra-t-elle avoir lieu amiablement, de gré à gré ? Si l'association n'est pas personnifiée, un obstacle surgit invinciblement : l'immeuble appartient, pour partie, à un mineur; dans cette mesure, c'est à la vente d'un bien de mineur que l'on va procéder; devront donc être observées les règles contenues au chapitre de la tutelle et notamment

(1) On pourrait ajouter qu'elle intéresse au premier chef la nature des parts des associés dont elle fait invariablement des meubles (art. 529 C. c.). C'est bien à tort, à notre avis, que cette influence lui a été contestée par les auteurs dont nous combattons ici les conclusions.

celles qui sont relatives à la forme de l'aliénation : elle devra être poursuivie judiciairement, aux enchères publiques. Mais que la collectivité jouisse du bienfait de la personnification et cette solution rigoureuse sera écartée : l'immeuble qu'il s'agit d'aliéner n'appartient pas à un mineur; il est la chose de la personne morale, et la vente pourra donc en avoir lieu valablement à l'amiable, de gré à gré, sans qu'il puisse être question d'observer les règles concernant l'aliénation des biens qui ont pour propriétaires des mineurs.

Et c'est ainsi que, d'une façon générale, la personnalité morale sauve de la nullité les actes qui, pour leur validité, rencontreraient un obstacle dans la personne de l'un des membres de la collectivité; grâce à elle, les individualités cessent d'être compromettantes, absorbées qu'elles sont dans la communauté. Et, raisonnablement, il ne saurait en être autrement : un acte social ne doit pas être à la merci d'une situation privée, d'une singularité individuelle.

2° *Durée des droits collectifs.* — Elle peut être subordonnée à la question de la personnification, du moins pour les droits viagers tels que l'usufruit. Ces droits disparaissent en principe avec leur titulaire; mais il en va autrement s'ils appartiennent à une personne morale : prenant en considération la longévité d'un tel titulaire, le Code civil décide que l'usufruit s'éteindra alors par trente ans (art. 619). La solution est écrite pour les personnes morales : allons-nous l'étendre aux collectivités non personnifiées? On ne peut y songer, puisque de telles collectivités n'existent pas, ne vivent pas; elles ne sont autre chose que des assemblages d'individus qui demeurent les titulaires véritables et exclusifs des droits intéressant la communauté : c'est donc sur leurs existences, non sur celle d'une collectivité qui ne s'anime pas, que sera mesurée la durée de l'usufruit; c'est le droit commun qu'il conviendra d'appliquer, non la disposition exceptionnelle de l'article 619. Et, par exemple, à supposer, comme nous le croyons, que la communauté entre époux puisse être citée comme un cas de patrimoine en main commune, il ne viendrait assurément à l'idée de personne de soutenir qu'un usufruit rentrant dans ce patrimoine doive s'éteindre après trente années; car ce n'est pas la communauté, être moral, qui est titulaire de l'usufruit commun; c'est l'un des époux ou ce sont tous les deux, et leur existence sera la mesure de la durée du droit.

3° *Exercice des droits collectifs.* — La collectivité personnifiée ayant, comme les êtres physiques, un nom et étant quelqu'un, c'est elle-même qui agit par les organes dont elle a été douée (préfet, maire, gérant, etc.), et c'est son nom qui figure dans tous les actes de la vie civile : ventes, baux, procès auxquels elle se trouve mêlée. Telle ne peut être l'attitude d'un groupement non personnifié. On ne concevrait pas qu'une société en participation ou une association qui n'a pas été déclarée figurât, en nom,

dans un acte juridique : car elle n'est pas quelqu'un, elle n'existe pas, elle n'a pas de vie juridique. En réalité, ce n'est nullement un être collectif qui agit; ce sont plusieurs personnes qui s'unissent pour vendre, acheter, prendre ou donner à bail, plaider, etc., et sur les têtes desquelles se fixeront les résultats de l'acte effectué : ce sont donc ces personnes-là qui doivent ostensiblement agir et dont les noms figureront dans les diverses opérations intéressant la collectivité, qui n'est autre chose que la somme de leurs individualités.

Cette idée essentielle trouve à se réaliser dans des domaines divers et par exemple en matière de transcription : on n'imagine pas qu'un acte puisse être transcrit au nom d'une association non déclarée, c'est-à-dire d'une association dont la loi nie formellement l'existence ; les noms de tous les intéressés devraient apparaître dans l'acte. Ainsi devraient-ils, au cas de procès intéressant une telle collectivité, figurer tous dans chaque acte de procédure; c'est une règle, en effet, que nul en France ne plaide par procureur et que les noms des véritables plaideurs doivent transparaître sans cesse au cours de la procédure dans les actes qui en marquent les étapes successives : or, les plaideurs effectifs, ce sont ici les individualités physiques dont se compose la collectivité. Celle-ci ne plaide pas plus qu'elle ne vend, qu'elle n'achète ou qu'elle ne prend à bail : elle n'a point d'existence juridique (1).

III. Entre le patrimoine d'une personne morale et celui d'une communauté non personnifiée, il existe donc des différences pratiques indéniables, découlant toutes de cette idée fondamentale que le premier est celui d'un être unique et immatériel, alors que le deuxième relève d'une collection d'individualités physiques.

Or, il est à remarquer que toutes ces différences, ou peu s'en faut, sont favorables à la notion de la personnalité morale. N'importe-t-il pas, en effet, à la marche d'une entreprise, que le sort des actes conclus soit indépendant de la personnalité des associés? Et plus généralement, n'est-il pas à désirer que ces actes soient réputés passés par la volonté collective elle-même, plutôt que par la multitude des intéressés? C'est bien pourquoi la notion de la personnalité morale, si injustement décriée de nos jours par quelques auteurs, mais si exacte, si vraie, si heureusement générali-

---

(1) Il est vrai que la jurisprudence a une tendance à interpréter de plus en plus libéralement la maxime que nul en France ne plaide par procureur, dont l'application peut d'ailleurs être conjurée par une clause des statuts (Voy. MONGIN, *op. cit.*, p. 720 et PERCEROU, *De la règle que nul en France ne plaide par procureur*, dans la *Revue bourguignonne de 1898*). Mais ces considérations et ces tempéraments nous paraissent devoir rester étrangers aux associations non déclarées dont la loi de 1901 se refuse absolument à reconnaître l'existence.

satrice et synthétique, s'empare de toutes les législations et, dans chaque législation, de toutes les institutions qui s'y prêtent. Constamment elle déborde sur le domaine de la copropriété, et ce n'est donc pas de ce côté que la *Gesammte Hand* peut espérer se tailler un vaste domaine. Bien loin de se montrer envahissante, elle est ici comprimée et vaincue par une forme de tenure plus heureuse, plus agissante.

Cependant, et même dans cette première direction, il nous semble que la partie n'est pas absolument perdue pour la propriété en main commune et qu'en bonne justice elle devrait trouver un débouché encore appréciable dans les sociétés et associations dissoutes mais non encore liquidées. On sait que, d'après une jurisprudence constante, les associations se survivent en quelque sorte, au moins dans la mesure où l'exige leur liquidation et tant que cette liquidation n'est pas pleinement effectuée. Cette solution jurisprudentielle est généralement considérée comme prétorienne et n'ayant d'autre excuse que sa nécessité pratique. Et en effet, dans les termes où elle est présentée, et en tant qu'elle consacre la survivance d'une personnalité disparue, elle a quelque chose d'étrange, sans compter qu'elle fait bon marché de la lettre de l'article 529 du Code civil, qui ne reconnaît aux parts des associés un caractère mobilier que « *tant que dure la société* », et qui paraît ainsi vouloir enfermer dans des limites précises l'existence de l'être juridique qu'est la compagnie de finance, de commerce ou d'industrie.

Ces objections s'évanouissent et la solution jurisprudentielle devient plus scientifique et plus résistante si, à l'idée de survivance de la personnalité morale, on substitue celle de patrimoine en main commune. Du jour où la société est dissoute, l'être juridique a disparu et nulle force humaine ne saurait le faire revivre ; du moment que le groupement ne poursuit plus la réalisation d'un objectif commun, du moment qu'il n'y a plus une entreprise destinée à agir, à « aller de l'avant », il n'y a plus de place pour cette notion agissante qu'est la personnalité morale. Mais du moins reste-t-il un patrimoine commun, indépendant des patrimoines personnels des associés ; comme jadis, et malgré la disparition de son titulaire, ce patrimoine forme bloc et constitue une masse distincte dont la destinée est désormais d'être partagée. Les éléments qui le composent ne sont nullement à l'état d'indivision : ils forment encore un tout qu'il s'agit de répartir entre les ayants droit (1).

---

(1) Il semble que la Cour de cassation ait jadis pressenti cette conception d'une communauté sans indivision venant se substituer, lors de la dissolution de l'association, à la personne morale disparue. Dans un arrêt de 1863, elle déclarait en effet qu'une fois la société dissoute, il n'y a pas « communauté simple », semblant faire ainsi allusion à la communauté sans indivision comme sans personnification (Cass., 27 juillet 1863, D. 63, 1, 460).

Cette explication n'est pas purement théorique ; elle se trouve aboutir, mais plus sûrement, aux solutions mêmes que la jurisprudence a consacrées après beaucoup de tâtonnements. Une fois dissoute, la société ne peut plus agir, passer des traités ; l'heure du repos a sonné pour elle. Mais du moins conserve-t-elle les positions conquises : du moins, et c'est là l'objectif essentiel que la jurisprudence a en vue lorsqu'elle proclame la survivance de la personnalité des associations dissoutes, les biens sociaux demeurent-ils, comme par le passé, le gage exclusif des créanciers sociaux qui n'ont pas à redouter le concours des créanciers personnels des associés. Et ainsi se trouve assurée, aussi bien que par la théorie de la survivance de la personnalité morale, mais plus exactement et plus scientifiquement, croyons-nous, par une sorte de cristallisation instantanée, la possibilité d'une liquidation régulière et équitable.

De plus, l'explication que nous proposons aurait cet avantage d'aboutir parfois à des solutions plus précises, plus certaines que le point de vue jurisprudentiel. Les arrêts affirment que la personnalité de l'association dissoute survit dans la mesure où l'exigent les besoins de la liquidation : mais, cette mesure, quelle est-elle au juste ? Et, par exemple, va-t-on, dans le but de faciliter le règlement, maintenir aux parts des associés leur caractère mobilier ? La question est discutée. Elle ne saurait guère l'être si l'on admet avec nous que la personnalité de l'association disparaît au moment de la dissolution, et que l'idée de patrimoine en main commune survit seule. Du moment que l'être moral s'est évanoui, les biens sociaux appartiennent aux associés dont les parts reflètent exactement la composition du fonds social : elles sont mobilières ou immobilières dans la mesure où celui-ci est mobilier ou immobilier.

II. Propriété commune et indivision

C'est dans cette seconde direction que nous allons découvrir pour la *Gesammte Hand* un débouché très vaste : autant la personnalité morale, par sa grande valeur sociale et ses avantages pratiques, se défend victorieusement contre toute concurrence, autant la notion d'indivision, par sa pauvreté et sa fausseté même, est fatalement destinée, croyons-nous, à être entamée par sa rivale, en attendant la déroute complète et définitive.

Cette déroute sera amplement méritée, car dans tout l'arsenal de nos législations modernes il n'est peut-être pas une institution qui soit aussi équivoque et déconcertante que la copropriété avec indivision (*condominium pro indiviso*). Elle nous vient du droit romain et c'est pourquoi, sans doute, habitués que nous sommes à accueillir de confiance les dogmes de la raison écrite, nous l'acceptons volontiers, sans examen et sans sur-

prise ; mais elle est bien faite pour déconcerter tout esprit non préparé à cette réception automatique des idées romaines. Au témoignage des prudents comme à celui de Pothier et des auteurs modernes, elle présente les caractéristiques suivantes (1) :

1° Chaque communiste a un droit qui porte sur chaque parcelle de la chose indivise ;

2° Ce droit figure dans son patrimoine, pêle-mêle avec les biens qui lui appartiennent privativement; il peut, en principe, y être saisi par ses créanciers personnels, l'article 2205 ne visant que l'indivision établie sur une universalité ;

3° Ce droit est réel car, lorsqu'il porte sur un immeuble, on le déclare susceptible d'hypothèque ; il se trouve même atteint naturellement par les hypothèques légales ou judiciaires ;

4° Cependant, d'autre part, il se résume en une « quote-part idéale ou abstraite », d'une « nature purement intellectuelle ».

5° Le sort des aliénations et des constitutions de droits réels consenties par le communiste pendant la durée de l'indivision est subordonné au dénouement de la situation commune, au résultat du partage : définitivement validées si la chose est mise dans le lot du disposant ou du constituant, elles sont anéanties par l'attribution du bien à tout autre copropriétaire.

Nous ne pensons pas qu'on puisse accumuler en si peu de phrases plus de contradictions et d'invraisemblances. Voilà un droit qui rentre dans la catégorie des droits réels, que l'on présente comme une simple variante de la propriété pleine et entière, et, quand il s'agit de lui assigner un objet précis, on doit reconnaître qu'à vrai dire il n'en a pas, sa nature purement idéale s'y opposant de façon décisive : les parts des copropriétaires, déclare-t-on, ne constituent pas des corps certains (2). Nous sommes donc en présence d'une propriété existant en dehors d'un corps certain, alors que, d'après un principe de raison universellement admis, la propriété, à raison même de sa plénitude et de son énergie, ne saurait porter que sur un objet déterminé, alors qu'elle vit de précision. De nos jours, comme à Rome, celui-là seul est propriétaire qui peut dire : cette chose est mienne, *hanc rem meam esse aio*. La preuve en est que les contrats qui portent sur un objet déterminé seulement dans son genre ne sauraient être translatifs par eux-mêmes : l'acheteur de cent hectolitres de blé, de dix hectares à prendre dans tel domaine, n'est pas encore et ne saurait être propriétaire, même approximativement ; il le deviendra seulement le jour où un acte,

(1) Nous les empruntons principalement à l'ouvrage d'AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 406 et suiv., dans la 4e édition.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. II, p. 406.



ordinairement la tradition, aura individualisé la chose vendue. Ainsi doit-il en être de l'indivisaire : s'il ne peut pas assigner à son droit une assiette précise, c'est qu'il n'est pas propriétaire, c'est que ce droit se réduit à un simple rapport personnel. La construction même que l'on fait actuellement de la propriété se prête, mieux encore que l'ancienne, à pareille conclusion. S'il est vrai que le droit de propriété soit un rapport obligatoire négatif ayant pour titulaire le propriétaire et pour sujet passif la multitude, il n'est pas concevable en dehors d'un objet précis : imaginerait-on qu'un individu pût exiger de la collectivité humaine une abstention relativement à telle chose sous le prétexte qu'il est titulaire d'un droit planant vaguement sur elle et qu'un jour, peut-être, elle lui appartiendra? Un droit qui implique une gêne pour toute la collectivité humaine ne saurait affecter que des corps certains; il ne peut se résumer en un concept purement idéal.

Le droit de l'indivisaire se présente donc, malgré tout, comme un droit de créance : mais alors comment expliquer qu'il comporte l'hypothèque?

Certains auteurs ont cependant fourni de la situation de l'indivisaire une explication qui paraît résoudre la difficulté et dissiper toute contradiction. Le droit du copropriétaire, dit-on, a un objet précis et matériel, à savoir la chose indivise : sa seule particularité est d'être affecté d'une condition. Chacun des indivisaires est propriétaire exclusif de la chose entière sous la condition suspensive qu'elle sera mise dans son lot. Et ainsi s'expliquent : le caractère réel du droit, la rétroactivité du partage qui se rattacherait à la rétroactivité de la condition, la possibilité pour les copropriétaires de consentir des actes de disposition conditionnels, etc. En même temps, et parce que l'on assigne au droit de chacun un objet précis, on échappe au reproche adressé tout à l'heure à la notion de l'indivision.

Malheureusement cette explication est de nature à provoquer une question indiscrète : toute propriété sous condition suspensive implique nécessairement qu'il existe quelque part une propriété sous condition résolutoire correspondante qui en constitue la valeur complémentaire; où trouver, pendant la durée de l'indivision, cette propriété complémentaire de celle de chaque indivisaire? Etant donné un immeuble indivis entre *Primus* et *Secundus*, si *Primus* est propriétaire sous condition suspensive, qui est propriétaire sous condition résolutoire? En d'autres termes, qui a la propriété actuelle? Ce n'est pas *Secundus*, car lui-même n'est qu'un propriétaire sous condition suspensive, sous la condition que l'immeuble lui sera attribué. Est-ce donc *Primus* lui-même? Mais alors, ayant à la fois la propriété sous condition suspensive et la propriété sous condition résolutoire, cela revient à dire qu'il a dès maintenant la pleine propriété de la chose, résultat absurde et inadmissible, car *Secundus*, qui est dans la même situation que lui, pourrait également prétendre à une propriété

exclusive, si bien que l'immeuble se trouverait appartenir à plusieurs propriétaires pouvant également exercer sur lui une maîtrise absolue. La vérité est qu'avec l'explication proposée, il n'y a, pendant la durée de l'indivision, que des propriétés sous condition suspensive et pas de propriétaire actuel. La chose indivise devient une sorte de *res nullius* présentant cette particularité de pouvoir être aliénée ou grevée de droits réels hypothétiquement par un certain nombre d'individus.

Il faut donc renoncer à se faire une idée rationnellement satisfaisante de l'indivision romaine. Du moins, les résultats pratiques auxquels elle conduit sont-ils assez heureux pour racheter le vice initial du système? Aucunement; comme il arrive ordinairement, la défaillance dans le raisonnement trouve sa répercussion dans le domaine des faits. Les conséquences ne valent pas mieux que les prémisses. Examinons-les :

1° L'indivisaire peut consentir, à lui seul, des aliénations ou des actes constitutifs de droits réels. On peut s'en étonner, puisque son droit se résout en une quote-part idéale et abstraite. La réponse classique est que précisément c'est cette quote-part, et non la chose même, que l'indivisaire aliène ou qu'il hypothèque. Mais alors nous assistons à un dédoublement curieux entre le droit et son objet, dédoublement particulièrement inattendu pour le droit de propriété qui, de mémoire de jurisconsulte, s'incorpore à son objet au point de ne faire qu'un avec lui et de se matérialiser ainsi profondément. Par quel miracle ce droit, lorsqu'il a plusieurs titulaires, s'isole-t-il de son objet pour s'idéaliser et demeurer en quelque sorte suspendu dans le vide? Et d'ailleurs, admettons pour un instant ce dédoublement et tâchons d'oublier ce qu'il présente d'étrange ; nous n'en restons pas moins fondé à nous étonner des résultats obtenus : l'indivisaire ne peut, de l'avis de tous, accomplir relativement à la chose le moindre acte d'administration, et il va pouvoir, dans la limite de sa quote-part, consentir des actes très graves, des actes d'aliénation immobilière et des constitutions d'hypothèques !

2° Il est vrai que peut-être ces actes seront-ils anéantis : si la chose est mise plus tard dans le lot d'un autre copropriétaire, elle sera libérée des charges établies pendant la durée de l'indivision par tout autre que l'attributaire; ainsi le veut le principe de l'effet déclaratif du partage inscrit dans l'article 883 C. civ. Mais ce principe appelle une double remarque : d'abord, son domaine d'application est assez étroit ; il faut supposer, non seulement que la chose est attribuée à l'un des copropriétaires, mais encore que ce copropriétaire ne se trouve pas être le constituant ; si le bien est acquis par un étranger ou s'il est mis dans le lot du constituant, la charge établie subsiste définitivement. Puis, le caractère déclaratif du partage, dans les hypothèses où il fonctionne, n'est pas sans présenter de très graves inconvénients ; il est véritablement périlleux pour le public. D'une part, on

donne aux tiers la possibilité de traiter avec les indivisaires, isolément ; d'autre part, on assure à ceux-ci le moyen de faire table rase des actes qu'ils ont consentis : souvent l'opération conclue dans de telles conditions constituera un guet-apens ; le moins qu'on en puisse dire, c'est qu'elle présente un caractère véritablement aléatoire. Tout dépendra du dénouement que comportera l'indivision : les résultats du partage seront artificiellement rattachés à une époque peut-être fort lointaine.

Le principe de l'effet déclaratif du partage constitue donc un palliatif à la fois insuffisant et dangereux à la facilité laissée aux indivisaires de consentir individuellement des actes de disposition.

3° Mais la conséquence la plus grave et la plus caractéristique du système est peut-être la possibilité pour les créanciers personnels de chaque indivisaire de saisir et de faire vendre sa part : cette part figure en effet dans le patrimoine du copropriétaire, donc dans le gage de ses créanciers. Il est vrai que l'article 2205 C. civ. prescrit que « la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation.... », mais ce texte, écrit pour une indivision qui porte sur une universalité, ne semble pas pouvoir être étendu à la copropriété de choses individuellement envisagées : ce qui revient à dire que les créanciers personnels de l'indivisaire vont concourir avec les créanciers dont le droit est né à propos de l'indivision, avec les créanciers communs (1).

Cette dernière solution achève de caractériser le système : l'indivision romaine rend les biens inaptes à toute exploitation commune; cette prétendue propriété collective répugne à toute utilisation collective; elle laisse les richesses sous la maîtrise des individualités physiques et dans le gage de leurs créanciers personnels : en réalité, elle constitue une organisation essentiellement individualiste; elle n'a rien de social. On ne voit pas les parts des différents communistes s'agglomérer pour former un tout obéissant à une impulsion commune. Chaque part vit de sa vie propre; elle se meut dans le patrimoine de son titulaire avec les autres éléments dont il se compose et comme eux; et ainsi se trouve réalisé un régime véritablement chaotique et inexprimable qui permet à chacun des ayants droit d'agir de son côté, au moins dans la mesure de cette quote-part abstraite et mystérieuse qui se distingue de la chose même; régime essentiellement stérile, exclusif de toute union, de toute pensée commune; régime d'attente et de stagnation qui n'a pas d'autre raison d'être ni d'autre avenir que le partage.

On s'explique cependant que les jurisconsultes romains s'en soient

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 405; Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. III, p. 585, dans la 1re édition.



tenus à cette conception critiquable et confuse de la copropriété; car ils ont mal connu la propriété collective; ils ont été amenés, par la pauvreté même de leurs rouages juridiques, à façonner la copropriété sur l'image de la propriété individuelle; ils ont tiré tout le parti possible de matériaux trop rudimentaires : et, à vrai dire, le résultat auquel ils ont abouti appelle moins un reproche qu'il ne provoque l'admiration pour leur rare ingéniosité. Mais les législateurs modernes ne sauraient s'en contenter; depuis Justinien les idées juridiques ont évolué; le droit romain a rencontré dans son œuvre de pénétration le droit germanique, et peu à peu il a dû abandonner, fort heureusement à notre avis, bon nombre de positions qu'il avait primitivement occupées. Aujourd'hui, et depuis longtemps déjà, nous nous faisons une conception nette de la propriété collective. Or, il est à peine besoin de réfléchir pour comprendre qu'une propriété à plusieurs titulaires ne doit pas être individuelle, mais bien collective; elle doit être soumise à l'action commune des intéressés dont la pluralité ne saurait entraîner la fragmentation des droits; elle doit être sociale.

Et tel est précisément le caractère de la *Gesammte Hand*, aussi simple, aussi franche, que l'indivision romaine est complexe et confuse. Dans la conception germanique, la propriété n'est ni fragmentée entre les ayants droit, ni concentrée sur un être juridique; elle appartient à la collectivité, abstraction faite de toute personnification. Si *Primus* et *Secundus* achètent en commun une pièce de vin, il est dérisoire de dire que chaque goutte de liquide appartient indivisément à chacun d'eux; ils n'ont pas voulu cet enchevêtrement inextricable de leurs droits. Une solution seule est certaine, c'est que la pièce de vin appartient aux deux acheteurs; la propriété a pour titulaire une collectivité, dont les membres, isolément envisagés, ne sauraient prétendre à aucun droit réel sur la chose, mais seulement à un droit de créance qui leur assure, suivant les cas, l'usage des biens communs, une part des fruits qu'elle donne, et surtout le partage — droit relatif comme tout droit de créance, qui ne peut se réaliser que dans le cercle des ayants droit. Extérieurement et pour le public la situation se présente sous un aspect aussi unitaire que le permet la pluralité des intéressés; c'est une masse de biens qui appartient à une masse d'individus, et celle-ci forme bloc tout aussi bien que celle-là.

Aussi les conséquences auxquelles conduit cette conception sont-elles essentiellement sociales : elles s'opposent aux solutions individualistes qu'entraîne le *condominium*.

1° Non seulement le communiste ne peut conclure un *negotium* intéressant la chose tout entière, mais encore il ne peut, même pour une part quelconque et dans la mesure la plus infime, faire acte de propriétaire, de disposant. Notamment, il ne saurait être question pour lui

de conférer une hypothèque, même conditionnelle; simple créancier, il peut seulement (et à moins que l'origine ou la destinée de la communauté ne s'y oppose) céder sa créance. Tout acte concernant la chose supposera donc le consentement de tous les communistes; l'impulsion donnée à la masse commune sera véritablement et exclusivement collective.

2° En revanche, le sort des actes ainsi consentis par la collectivité ne dépendra pas des résultats du partage. Car, à notre avis, le principe de l'effet déclaratif est rationnellement incompatible avec la structure de la propriété commune. Si la chose qui appartient aujourd'hui collectivement à *Primus* et à *Secundus* est plus tard attribuée privativement à *Primus*, celui-ci devient naturellement le successeur du propriétaire précédent qui était la collectivité *Primus* + *Secundus*; comme tel, il est naturellement tenu de respecter tous les actes consentis par cette collectivité : il se trouve dans la situation d'un ayant cause vis-à-vis de son auteur. La circonstance que, dans l'espèce, celui-ci se trouve être une collectivité, ne peut en rien modifier ce résultat. Au reste, pourquoi le principe du partage déclaratif a-t-il été imaginé ou tout au moins maintenu? C'est afin de pallier les inconvénients inhérents au régime du *condominium*, à sa structure individualiste, structure qui faisait que chaque indivisaire pouvait procéder, pour son compte, à des actes de disposition : il n'était pas admissible que ces actes accomplis dans toutes les directions tinssent également et quoi qu'il arrivât; autrement, la situation de l'attributaire des biens eût été intolérable; elle eût été celle d'un ayant cause à auteurs multiples tenu de respecter tous les droits constitués par ceux-ci sur la chose. C'est pour le mettre à l'abri de cette hérédité trop lourde que fut maintenu le principe de l'effet déclaratif à titre de palliatif à l'individualisme excessif du *condominium pro indiviso* : il perd donc sa raison d'être si cet individualisme disparaît pour faire place à une situation vraiment collective. Du moment que l'impulsion donnée au bien est nécessairement commune, il n'y a plus d'inconvénient à faire de l'attributaire l'ayant cause de la collectivité.

3° Enfin, et voici qui achève l'antithèse avec le régime de l'indivision, les biens en main commune échappent à l'action des créanciers personnels des ayants droit; leur affectation collective suffit à les isoler des choses appartenant privativement aux associés pour les constituer à l'état de masse indépendante, réfractaire à toute direction particulière: soustraits, comme on l'a vu, à l'impulsion individuelle des communistes, ils sont par là même à l'abri de toute mainmise de la part des créanciers personnels, qui ne sauraient avoir plus de droits que leurs débiteurs : solution indispensable à la prospérité du patrimoine commun, constitutive du crédit de l'entreprise par cela même qu'elle assure aux créanciers qui

auront suivi la foi de la communauté un gage que ne pourront entamer les actes des individualités dont elle se compose.

Ces trois solutions, qui s'opposent victorieusement aux conséquences inhérentes à l'indivision, se rattachent à la même idée maîtresse, à savoir que les biens situés en main commune obéissent à une impulsion collective, jamais à une volonté individuelle; et c'est ainsi que la *Gesammte Hand* nous apparaît comme le triomphe des idées collectives appliquées à la propriété, bien mieux que la personnalité morale elle-même, puisqu'ici les individualités ne se fondent plus en une résultante unique qui les absorbe et qui les masque, mais qu'elles se maintiennent aussi intactes, aussi indépendantes que le permet la marche d'ensemble de l'entreprise.

Ainsi entendue, l'institution a déjà un long passé ; nous pensons qu'un avenir plus brillant encore lui est réservé. Le Code civil allemand lui a fait une très large place : il lui a ouvert les sociétés civiles, les associations dépourvues de personnalité (art. 54), la communauté conjugale et même la communauté entre héritiers (art. 2032 et suiv.). C'est là le minimum de concessions que l'on doive faire à la *Gesammte Hand* : nous imaginons parfaitement son application à toutes les situations collectives qui ne sont pas suffisamment étroites et durables pour avoir une âme, pour projeter une personnalité juridique. Non pas que, dans tous les domaines, elle soit nécessairement régie par des règles identiques : elle est une institution parfaitement souple, se pliant merveilleusement bien aux nécessités pratiques, se modelant au gré des intéressés et aux besoins de toutes les situations; mais les grandes lignes ne se modifient point; le cadre de l'organisation reste toujours et essentiellement collectif.

Dans notre droit même, les progrès de l'institution germanique se poursuivront fatalement aux dépens de l'institution romaine, et au besoin en dehors de l'intervention législative pour laquelle ces problèmes semblent décidément être trop délicats : de même que la personnalité morale, apparemment oubliée par les rédacteurs du Code civil, a été retrouvée, puis développée au cours du siècle dernier par la jurisprudence et par les auteurs, ainsi il est à prévoir que la communauté germanique, pendant un long temps demeurée dans l'oubli, prendra une revanche éclatante sur le *condominium* romain. Au reste, n'est-ce pas elle que notre jurisprudence a fait revivre, sans la nommer, pendant plus d'un demi-siècle, par la construction qu'elle a faite des sociétés civiles avant que la Cour suprême, dans un arrêt mémorable, n'eût affirmé en 1891 leur personnalité? Dans le système, tel qu'il ressort d'une foule de décisions judiciaires, le fonds social ne constituait-il pas un patrimoine autonome, exclusivement affecté au but collectif et échappant autant que possible aux impulsions individuelles sans cependant se rattacher à une personnalité juridique? Ainsi a été préparée la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation :

la communauté a servi de trait d'union entre le régime rudimentaire de l'indivision et l'organisation perfectionnée de la personnalité morale : pour transitoire, son action n'en a été ni moins efficace ni moins bienfaisante.

Tout récemment, un docteur de la Faculté de Paris, dans une thèse remarquable (1), s'efforçait de démontrer que la *Gesammte Hand*, bien mieux que l'indivision, s'harmonise avec les règles de notre communauté entre époux; les biens communs représentent un patrimoine doué d'une affectation spéciale qui, sans être séparé par des cloisons étanches des patrimoines personnels à chacun des conjoints, a sa destinée et sa composition à lui, son actif, son passif, qui se meut en vue d'un but déterminé et jouit d'une véritable autonomie. La loi elle-même consacre cette autonomie lorsqu'elle sépare soigneusement les biens qui viennent l'alimenter des biens propres aux époux et lorsque, dans des textes nombreux, elle oppose fréquemment aux patrimoines personnels des conjoints le patrimoine collectif sous le nom de communauté, opposition injustifiée s'il y avait indivision, puisqu'alors les prétendus biens communs ne se distingueraient pas des choses appartenant privativement aux époux et avec lesquelles elles feraient corps. Nous tenons pour décisive la démonstration que donne l'auteur d'une solution qui d'ailleurs renouerait heureusement, ainsi qu'il l'établit, une tradition interrompue.

Pareille œuvre pourrait être tentée, à notre avis, pour une situation d'origine récente, celle-là même qui a été faite par la loi du 1er juillet 1901 aux associations non déclarées. Ces associations sont licites, mais elles sont dépourvues de capacité juridique (art. 2 et 5, 1er al., de la loi), c'est-à-dire qu'elles ne peuvent se réclamer d'aucune personnalité, pas même de celle qu'une jurisprudence fameuse reconnaissait avant 1901 aux associations autorisées : elles ne sauraient prétendre à une *individualité* que le législateur a entendu leur dénier absolument. Or, de tels groupements seront fréquents : la déclaration qui confère à l'association la capacité a, en effet, ce grave inconvénient d'enfermer en même temps cette capacité dans des limites assez étroites (2), sans compter qu'elle va permettre à l'administration d'exercer un contrôle sur les conditions dans lesquelles la collectivité s'est formée et fonctionnera. Il est donc à prévoir que bon nombre d'associations préféreront passer inaperçues et ne se révéleront point officiellement. Elles posséderont cependant des biens : à quel régime seront-ils soumis? Va-t-on les considérer comme étant à l'état d'indivision? On ne saurait le faire sans méconnaître la vérité des choses; dans la pensée des associés, ces biens constituent un tout, une

(1) MASSE, *op. cit.* Cette thèse a été inspirée par l'enseignement de M. SALEILLES.

(2) Les associations simplement déclarées ne peuvent pas acquérir à titre gratuit; elles ne peuvent même pas acquérir indéfiniment des immeubles à titre onéreux.



masse autonome; ils doivent servir exclusivement à la réalisation d'un but commun; sans doute, ils ne relèvent pas d'une personne morale dont le législateur a écarté jusqu'à la possibilité; ils appartiennent aux membres de l'association; mais du moins ne se confondent-ils pas avec leurs biens personnels : ils restent groupés pour constituer un patrimoine en main commune, *Gesammte Hand.*

D'une façon plus générale, nous pensons que la propriété commune est susceptible de supplanter avantageusement l'indivision romaine dans tous les groupements qui ne sont pas suffisamment étroits, durables et vivants, pour comporter la personnification. Nous ne ferions exception que pour les situations indivises perpétuelles et nécessaires, telles que celles du mur mitoyen ou des cours et allées communes; ces situations-là n'ont d'autre raison d'être que leur durée ni d'autre ambition que de se maintenir. Le régime de stagnation qu'est le *condominium pro indiviso* peut à la rigueur leur convenir; il ne présente pas alors d'inconvénient pratique bien saillant; mais sa valeur théorique et rationnelle n'est pas plus grande ici que partout ailleurs; il demeure tel que nous avons essayé de le caractériser et il persiste à nous apparaître sous l'aspect d'une propriété individuelle et fragmentée, à objet confus, sans ressort individuel comme sans aspiration collective. Il s'expliquait à Rome par la pauvreté des rouages juridiques et l'état embryonnaire de la propriété collective; il s'expliquait même à la rigueur au début du XIX[e] siècle par l'influence de la Révolution, si jalousement individualiste, de parti délibéré si hostile à toute tendance corporative; de nos jours il devient un non-sens, à mesure que les institutions, et notamment la propriété, se socialisent davantage. La notion fragmentaire et individualiste de l'indivision romaine doit céder la place à la forme collective et sociale, qui seule répond aux aspirations du moment, comme seule elle satisfait aux exigences de la raison.

LOUIS JOSSERAND.



P. De LOYNES
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux

Le Code civil et le Crédit

Régime hypothécaire,
Régime de la transmission de la Propriété

LE CODE CIVIL ET LE CRÉDIT

RÉGIME HYPOTHÉCAIRE,
RÉGIME DE LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ

En décidant, par la disposition finale de l'article 529, que les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers, sont meubles par la détermination de la loi, le Code civil a complété la réforme que les législateurs de la Révolution avaient commencée.

L'article 1er du titre I de la loi du 29 décembre 1790 avait déclaré les rentes foncières rachetables. Les articles 27 et 69, § 5, 4°, de la loi du 22 frimaire an VII avaient soumis la transmission de toutes les rentes perpétuelles aux mêmes règles et l'avaient assujettie aux mêmes droits que la transmission des meubles. La loi du 9 messidor an III n'avait pas fait figurer les rentes perpétuelles dans l'énumération limitative que donne l'article 5 des biens susceptibles d'hypothèques. Il en est de même de l'article 6 de la loi du 11 brumaire de l'an VII, et l'article 7 de cette loi ajoute formellement que « les rentes constituées, les rentes foncières et « les autres prestations que la loi déclare rachetables ne pourront plus, à « l'avenir, être frappées d'hypothèques ». L'article 45 de la même loi prend enfin le soin de déterminer les formalités à remplir pour purger les hypothèques et les privilèges qui grevaient les rentes en vertu des règles de notre ancienne jurisprudence.

Terminant cette évolution législative, l'article 529 range définitivement les rentes dans la catégorie des meubles par la détermination de la loi. A ce titre, elles ne sont plus susceptibles d'hypothèques (art. 2119).

Par cette règle nouvelle, ainsi que par l'autorisation du prêt à intérêt, que notre ancienne jurisprudence avait prohibé en conformité du droit canonique, mais que le décret des 3-12 octobre 1789 avait permis, la législation nouvelle accroît dans une proportion considérable le nombre des biens meubles et donne à la distinction du crédit mobilier et du crédit immobilier une importance qu'elle n'avait pas eue jusqu'alors.

C'est du crédit immobilier seulement que nous nous occuperons. Encore ne l'envisagerons-nous pas dans toutes ses manifestations. Car la rareté de l'antichrèse, et, par suite, le peu d'importance pratique de ce contrat, nous déterminent à n'en faire qu'une simple mention en passant.

Dès lors, le crédit immobilier se présente sous la forme de l'hypothèque,

nous ajoutons de l'hypothèque conventionnelle. En effet, les considérations qui justifient l'existence des privilèges immobiliers ainsi que des hypothèques légales, les motifs qui expliquent, sans le légitimer, suivant nous, l'établissement des hypothèques judiciaires sont complètement étrangers à l'idée de crédit, telle qu'on la conçoit généralement. Nous n'avons donc pas à traiter ici ces matières au moins d'une manière principale. Tous nos développements vont être concentrés sur le crédit hypothécaire conçu dans sa forme la plus rigoureuse, c'est-à-dire sur l'hypothèque conventionnelle.

Le crédit hypothécaire d'une personne peut être envisagé à un double point de vue.

On peut d'abord le considérer comme correspondant à la valeur intégrale des immeubles que cette personne possède et comme affecté par toutes les obligations nées à la charge du propriétaire, pourvu qu'elles soient constatées par un acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse, ou qu'étant établies par un écrit privé, elles aient été reconnues par acte ou jugement public. Tel était le point de vue auquel s'étaient placés notre ancienne jurisprudence et les auteurs de la loi du 9 messidor an III; ces derniers, toutefois, subordonnaient l'acquisition définitive de l'hypothèque à la condition d'une inscription. Dans cette conception, l'hypothèque existait de plein droit et sans avoir besoin d'être exprimée; elle grevait tous les biens présents et à venir des obligés et condamnés, même ceux de leurs héritiers, aux termes de l'article 19 de la loi du 9 messidor an III. Ainsi compris, le crédit hypothécaire d'une personne est en quelque sorte global et décroît au fur et à mesure des obligations par elle contractées ou constatées dans les formes déterminées par la loi.

On peut, d'un autre côté, opposer à cette conception celle d'un crédit spécialisé, dépendant de la valeur particulière des immeubles ou de chacun des immeubles nominativement soumis à l'hypothèque. Une stipulation spéciale et formelle sera alors nécessaire, soit pour faire naître le droit hypothécaire, soit tout au moins pour individualiser les biens affectés par l'indication de leur nature et de leur situation. Il est évident que, dans cette théorie, l'hypothèque ne peut grever que des biens appartenant au débiteur ou, d'une manière plus générale, au constituant, au moment de la stipulation. Telle était la conception des auteurs de la loi du 11 brumaire an VII (art. 4). Telle est celle qui fut également admise par les rédacteurs du Code civil (art. 2124, 2129).

La sécurité que le créancier recherche dans l'hypothèque conventionnelle ne lui sera véritablement acquise que s'il a la certitude de traiter avec le véritable propriétaire de l'immeuble grevé, que s'il peut, par une vérification facile, impartiale et sincère, se rendre compte de la valeur du droit du constituant, que s'il peut, par des renseignements impartiaux et complets, apprécier la valeur du gage qui lui est offert, que si enfin, par

une publicité entourée de garanties sérieuses, il a la facilité de conserver la sûreté sous la foi de laquelle il a contracté. Ce sont là des conditions indispensables pour asseoir le crédit hypothécaire sur des bases solides. C'est à ces différents points de vue que nous nous placerons pour étudier les dispositions de notre Code, sans nous préoccuper des formalités relatives soit à la constitution de l'hypothèque, soit à la réalisation de l'immeuble hypothéqué ou à l'exercice du droit de suite.

I

Il faut, en premier lieu, que le prêteur de deniers ait la certitude de traiter avec le propriétaire de l'immeuble grevé, c'est-à-dire avec une personne qui est devenue propriétaire et qui, au moment de la convention, n'a pas cessé de l'être.

Cette double constatation n'aurait pas présenté de difficulté sérieuse si le législateur avait conservé le système introduit par la loi du 9 messidor an III et maintenu le régime de publicité établi par les articles 165 et 166 de cette loi pour les aliénations volontaires. Nous ne pouvons pas, sans excéder les bornes de notre étude, entrer dans l'exposé détaillé de ces règles. Si la loi de l'an III ne protège pas d'une manière complète l'acquéreur d'un immeuble, si elle ne le met pas à l'abri d'une action en revendication du véritable propriétaire, elle sauvegarde du moins très efficacement les droits des créanciers hypothécaires, en ordonnant, sous peine d'irrecevabilité, la publicité de toute demande en revendication (art. 92 et 93) et en décidant que les hypothèques antérieurement inscrites auront leur pleine et entière efficacité sur la chose hypothéquée, sauf le recours du propriétaire contre celui qui les avait consenties (art. 95). Ne trouve-t-on pas avec cette disposition, une première manifestation, dans une loi française, du principe de la force probante des registres, principe que l'article 140 du Code civil général prussien de 1794 avait également consacré en matière hypothécaire?

Mais le régime hypothécaire, inauguré par la loi du 9 messidor an III, a été expressément abrogé par l'article 56 de la loi du 11 brumaire an VII. Il n'a pas été reproduit par le Code. Il n'est donc plus en vigueur. Le droit du créancier hypothécaire dépend du droit de celui qui a constitué l'hypothèque. Car pour hypothéquer il faut être propriétaire (art. 2129).

Si le prêteur est prudent, s'il veut apprécier la valeur de la garantie qui lui est offerte, il n'a que la ressource de demander au constituant tous les renseignements nécessaires pour l'éclairer.

Sans doute, par cela seul que l'emprunteur offre de constituer une hypothèque, il se soumet à l'application de l'art. 2059 du Code. Aux termes de cette disposition, il y a stellionat lorsqu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; le stellionataire est passible de la con-

trainte par corps. Cette sanction qui, à l'époque de la rédaction du Code, pouvait paraître sérieuse, était déjà destituée de toute efficacité à l'encontre d'un insolvable. Elle n'a plus aucune valeur aujourd'hui, depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867.

Le créancier doit donc exiger du constituant la justification de son droit, c'est-à-dire la production du titre en vertu duquel il est devenu propriétaire de l'immeuble qu'il offre d'hypothéquer.

Si l'acquisition de la propriété a eu lieu par succession *ab intestat*, il faudra la preuve que le bien faisait partie de l'actif héréditaire, que le constituant appelé à recueillir la succession l'a acceptée, et enfin que l'immeuble lui a été attribué par le partage ou par adjudication sur licitation, si le défunt a laissé plusieurs héritiers. Des investigations analogues s'imposeront dans le cas où la transmission de la propriété est le résultat d'un legs universel ou à titre universel. Si elle s'est opérée par un legs particulier, le prêteur exigera la production du testament.

Si l'acquisition de la propriété s'est produite par une donation entre vifs, le créancier se fera représenter la copie de l'acte de donation et vérifiera s'il a été transcrit conformément à l'art. 939 ; il s'assurera ainsi que l'immeuble ne peut plus être grevé du chef du donateur, d'hypothèques qui lui soient préférables, ou ne peut pas être saisi par les créanciers chirographaires du donateur (art. 941).

Si la transmission de la propriété s'est opérée par un acte à titre onéreux, le créancier se fera représenter le titre. Il devra aussi, depuis la loi du 23 mars 1855, vérifier s'il a été transcrit ; à cette condition seulement, il sera à l'abri des hypothèques qui auraient pu ou pourraient être consenties par l'aliénateur ou qui, de son chef, viendraient grever l'immeuble.

Dans ces deux derniers cas, acte entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux, le prêteur peut même obtenir une copie de l'acte translatif de la propriété, sans le concours de l'emprunteur, en requérant un état des transcriptions du conservateur des hypothèques de l'arrondissement dans lequel est situé l'immeuble.

Mais le droit de celui qui constitue une hypothèque, et par suite la validité de l'hypothèque elle-même, dépendent du droit des propriétaires antérieurs dont il est l'ayant cause. Il importerait donc au prêteur de deniers de posséder la liste exacte et complète des propriétaires successifs, d'établir en quelque sorte la généalogie de la propriété.

Le Code ne fournissait aucun moyen d'y parvenir, et le créancier ne pouvait être renseigné à cet égard que par la déclaration du constituant sur l'origine de la propriété. Le registre du conservateur ne renfermait que la copie des donations ; ces actes étaient en effet les seuls dont l'efficacité à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard des ayants cause du dona-

teur, compris dans l'art. 941 sous la dénomination générale de parties intéressées, fût subordonnée à la transcription.

Quant aux actes à titre onéreux générateurs d'une obligation de donner, ils n'étaient pas assujettis par le Code à cette formalité. Ils transféraient la propriété des immeubles dès qu'ils étaient parfaits par l'accord des volontés des parties. Indiscutable dans les rapports des parties contractantes (art. 1138), cet effet se produisait au même moment à l'égard des tiers. Le Code, il est vrai, ne résolvait pas la question en termes formels. Elle s'était posée au titre des Contrats ou des obligations conventionnelles en général. Mais la divergence de vues, qui se manifesta alors entre les partisans et les adversaires de la transcription, fit ajourner la solution du problème (art. 1140). Le silence gardé au titre de la Vente (art. 1583) prouve de nouveau l'embarras du législateur. Au titre des Privilèges et hypothèques, l'art. 91 du projet, qui se prononçait expressément en faveur du maintien du principe de la loi du 11 brumaire an VII et de la nécessité de la transcription, disparut à la suite du renvoi ordonné à la section de législation du Conseil d'Etat. De ces incidents de la rédaction du Code et de l'ensemble de ses dispositions, le Conseil d'Etat (avis non publié du 23 thermidor et, d'après Merlin, du 11 fructidor an XIII) et la jurisprudence ont conclu que la transcription n'était plus nécessaire pour rendre opposable aux tiers la translation de propriété qui s'était opérée, entre les parties, par le seul consentement. Dès lors, le prêteur qui stipulait une hypothèque ne pouvait connaître la liste des propriétaires successifs de l'immeuble que par les déclarations du constituant ; celles-ci étaient généralement incomplètes et souvent elles ne suffisaient pas pour lui permettre d'être exactement renseigné.

Cet état de choses se prolongea jusqu'à la loi du 23 mars 1855, qui rétablit dans nos lois les principes de la loi du 11 brumaire an VII, compléta en cette matière les règles insuffisantes de notre Code et rendit nécessaire, quoique non obligatoire, la transcription de l'acte d'acquisition. Désormais, par l'accomplissement de cette formalité seulement, la vente devient opposable aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois (Loi du 23 mars 1855, art. 3). A partir seulement du moment où la formalité a été remplie, l'acheteur et ses ayants cause, notamment celui auquel il aurait revendu l'immeuble, ou ceux au profit desquels il aurait constitué une hypothèque, sont à l'abri de l'effet des actes par lesquels le vendeur disposerait de nouveau de l'immeuble en faveur d'un autre acquéreur ou le grèverait de droits réels, spécialement d'hypothèques, à l'abri des événements qui donneraient naissance à des hypothèques légales ou judiciaires du chef du vendeur. Le prêteur de deniers qui, sur la foi d'un acte non transcrit, stipule une hypothèque de l'acheteur, auquel on est cependant d'accord pour reconnaître le

droit de la consentir, s'expose donc à de très graves dangers ; il peut voir anéantir son droit par l'effet d'une seconde vente faite par le vendeur, si ce dernier acte est transcrit avant la première vente ; il peut se voir primé par les créanciers hypothécaires du vendeur, alors même que les inscriptions de leurs hypothèques seraient postérieures à celle qu'il aurait requise. Mais ces conséquences du principe ne blessent pas l'équité. Car si le prêteur de deniers éprouve un préjudice, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même ; il lui est facile d'exiger que l'acheteur fasse transcrire son acte d'acquisition en ne consentant à traiter avec lui qu'après l'accomplissement de cette formalité. Alors il sera certain de n'avoir rien à craindre des ayants cause du vendeur, et il ne livrera les fonds qu'après s'être assuré de l'efficacité de la sûreté consentie et de l'inscription requise.

Signalons cependant deux lacunes fâcheuses de la loi de 1855.

Si l'état des transcriptions donne la liste de tous ceux qui sont devenus propriétaires en vertu d'actes transcrits, il ne fournit pas cependant la nomenclature complète de tous les propriétaires successifs de l'immeuble. Car le registre du conservateur ne porte pas mention des mutations qui se sont opérées *mortis causa*, soit *ab intestat*, soit par testament.

De plus, si l'immeuble a été acquis par plusieurs en commun, à titre onéreux ou à titre gratuit, le partage qui met un terme à l'indivision n'est pas assujetti à la transcription et ne figure pas sur le registre du conservateur.

A tous ces points de vue, la généalogie de la propriété n'est pas établie d'une manière complète.

Mais il ne suffit pas au prêteur de deniers, qui traite sous la garantie d'une hypothèque, de s'assurer que le constituant est devenu propriétaire de l'immeuble grevé, il lui faut en outre la certitude qu'il n'a pas cessé d'être propriétaire, comme nous l'avons déjà dit. Ici il ne peut être question que de mutation entre vifs. Le propriétaire a pu transmettre son droit à titre gratuit ou à titre onéreux.

Le Code fournit au prêteur un moyen facile de vérifier si le constituant a aliéné l'immeuble entre vifs et à titre gratuit. Il lui suffit de requérir du conservateur des hypothèques un état des transcriptions effectuées sur celui qui offre de constituer une hypothèque. L'art. 939 du Code ordonne en effet de faire transcrire toute donation ayant pour objet des biens susceptibles d'hypothèques. L'inaccomplissement de cette formalité permet aux parties intéressées (art. 941), au nombre desquelles figure certainement le créancier hypothécaire, d'écarter la donation, de faire décider qu'elle ne leur est pas opposable, qu'elle ne peut produire aucun effet à leur encontre. Le créancier hypothécaire est donc à l'abri de tout danger, si la transcription de la donation n'a pas été effectuée au moment de l'inscription de son hypothèque. Si la transcription a été opérée, il en sera averti par l'état délivré par le conservateur. Le Code lui donne donc le

moyen de sauvegarder ses intérêts et de ne pas traiter sur la foi d'une garantie qui serait inexistante. Si, par impossible, il n'avait pas été exactement renseigné par le conservateur des hypothèques, si, par suite d'une erreur invraisemblable, ce fonctionnaire négligeait de mentionner la donation sur l'état par lui délivré à la suite d'une réquisition régulière et suffisamment précise, la responsabilité encourue par ce dernier réparerait le préjudice souffert.

Nous croyons inutile d'insister sur le cas où l'immeuble serait compris dans une donation de biens à venir. Le donateur conserve alors la faculté de disposer à titre onéreux des biens compris dans la donation (art. 1083). La constitution d'une hypothèque, lorsqu'elle est la condition d'un prêt, est certainement un acte à titre onéreux. Sa validité ne peut donc pas être révoquée en doute.

Pour un motif analogue, nous ne faisons que mentionner le cas où le constituant aurait consenti une donation de biens présents et à venir, dans les termes des art. 1084 et 1085. Suivant qu'il aura été ou non dressé un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation, suivant la manière dont le donataire exercera la faculté d'option à lui accordée par la loi lorsque l'état ci-dessus a été établi, la donation sera, soit une donation de biens présents, soit une donation de biens à venir. En conséquence, elle sera régie par les règles que nous venons d'exposer. Le prêteur, qui traite avec le donateur sous la garantie d'une hypothèque, est donc mis, par les dispositions du Code, en mesure d'apprécier la garantie que peut lui procurer la sûreté offerte; il peut prendre, en connaissance de cause, toutes les mesures propres à sauvegarder ses intérêts.

Au contraire, quand il s'agit de transmission entre vifs à titre onéreux, le Code ne mettait à la portée du stipulant aucun moyen extrinsèque d'acquérir la connaissance des actes par lesquels l'emprunteur aurait disposé de l'immeuble par lui offert en garantie de la créance. La clandestinité des transmissions à titre onéreux de la propriété des immeubles le privait de tout mode d'information; il était obligé de se contenter des déclarations du constituant, dont il lui était bien difficile, pour ne pas dire impossible, de vérifier l'exactitude. Sans doute, celui-ci ne pouvait pas ignorer l'existence du contrat par lequel il s'était dépouillé de la propriété de l'immeuble. Sans doute, en constituant l'hypothèque il se rendait coupable de stellionat, puisqu'elle était établie sur un bien qu'il savait ne pas lui appartenir. Sans doute, les dommages-intérêts dont il était passible étaient garantis par la contrainte par corps (art. 2059). Mais cette voie d'exécution était dépourvue d'efficacité contre un débiteur souvent insolvable et toujours de mauvaise foi. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit, elle a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867.

Remède a été apporté à cet état de choses par la loi du 23 mars 1855. En rétablissant la transcription, cette loi a fourni au prêteur un mode certain d'exacte information. Un état des transcriptions, délivré par le conservateur des hypothèques sous sa responsabilité, lui permettra d'acquérir la certitude qu'aucune transcription n'a été opérée du chef du constituant et, en retenant les fonds jusqu'au moment où il sera assuré que l'inscription de son hypothèque a été utilement prise, il se sera prémuni contre tout danger de ce chef. Peu lui importera même que l'immeuble ait été aliéné ; du moment où la transcription de l'acte d'aliénation ne sera pas antérieure à l'inscription de son hypothèque, il pourra exercer son droit dans toute sa plénitude et à l'encontre de tous.

II

Nous venons de voir les moyens que le Code et la loi du 23 mars 1855 qui le complète, mettent à la disposition du stipulant pour s'assurer qu'il traite avec le propriétaire, tout au moins avec le propriétaire apparent de l'immeuble. Cela toutefois ne suffit pas pour lui procurer cette entière sécurité qu'il recherche. Il est possible que le constituant ne tienne pas ses droits du véritable propriétaire, et qu'il soit exposé à être évincé par l'exercice d'une action en revendication. Il est possible que le contrat fait avec le véritable propriétaire soit infecté de certains vices susceptibles d'en faire prononcer la nullité ou la rescision, affecté de certaines modalités de nature à en faire prononcer la résolution. Dans ces diverses hypothèses, le droit du constituant ne sera-t-il pas anéanti, soit parce qu'il n'aura jamais existé, soit parce qu'il sera censé n'avoir jamais existé ? Sa disparition n'entraînera-t-elle pas, par une conséquence fatale et nécessaire, l'anéantissement de l'hypothèque qui a été constituée ? L'affirmative est certaine, en principe du moins : elle est formellement consacrée par l'art. 2125. Il importerait au créancier hypothécaire de connaître, avant de traiter, les dangers qui menacent son droit. Le législateur a-t-il organisé des mesures de publicité destinées à l'éclairer ? N'existe-t-il pas dans nos Codes quelques dispositions exceptionnelles qui, dans certaines hypothèses déterminées, conjurent ces périls ? Telles sont les questions dont nous allons maintenant aborder l'examen.

Quand il s'agit d'une action en revendication, lorsque l'hypothèque a été constituée par une personne qui est déclarée, par décision de justice, n'être pas propriétaire de l'immeuble grevé, la règle par nous posée reçoit son application sans difficulté et dans toute son étendue. L'hypothèque a été établie par un *non dominus* ; elle est nulle, d'une nullité radicale et absolue ; elle est inexistante d'après la jurisprudence (Civ. cass., 24 mai 1892). La disposition de la loi du 9 messidor de l'an III, qui proclamait l'efficacité des hypothèques inscrites avant la notification au conservateur

de la demande en revendication, a été abrogée comme nous l'avons déjà dit. Le principe a donc recouvré toute sa puissance : le propriétaire seul peut hypothéquer.

Il importe peu que celui qui se présente comme propriétaire et contre lequel est dirigée l'action en revendication soutienne avoir acquis son droit entre vifs ou *mortis causa*, par une donation ou par un acte à titre onéreux, par une vente amiable ou par une adjudication sur expropriation forcée. Dans tous les cas, la solution sera la même. Si le demandeur à l'action en revendication triomphe dans sa demande, l'hypothèque disparaîtra : le constituant n'était pas propriétaire de l'immeuble grevé (art. 2124 et 2129). Il importe peu que l'acte d'acquisition ait été transcrit. La transcription est une formalité extérieure ; elle n'a aucune influence sur le droit. L'art. 2182 le décide expressément quand, après avoir dit que la simple transcription ne purge pas les privilèges et hypothèques, il ajoute : « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la pro« priété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue ». Si le propriétaire apparent de l'immeuble a acquis ses droits par une adjudication sur expropriation forcée, il n'est plus, comme il l'était dans notre ancienne jurisprudence en vertu de l'art. 13 de l'édit de 1551, suivi dans la généralité des provinces, à l'abri de l'action en revendication qu'intenterait celui qui n'a pas fait opposition à fin de distraire. En vertu de cette disposition, le véritable propriétaire, qui n'avait pas formé opposition à fin de distraire et qui, pour ce motif, avait été renvoyé à l'ordre, ne pouvait prétendre qu'à la part du prix correspondant à la valeur de la portion de l'immeuble dont il avait le droit de demander la distraction. L'adjudicataire demeurait donc propriétaire incommutable; l'hypothèque qu'il constituait échappait à toute cause de destruction de ce chef. Mais le Code de procédure civile n'a pas conservé cette règle; l'art. 731 du Code de 1807, reproduit par le premier alinéa de l'art. 717, décide en effet que « l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la pro« priété que ceux appartenant au saisi ». Par conséquent, l'hypothèque constituée par l'adjudicataire sera, comme l'hypothèque consentie par un acheteur, anéantie, si le tiers revendiquant triomphe dans son action en revendication.

La même solution doit être admise si le constituant voit prononcer la nullité ou la rescision de la vente amiable à la suite de laquelle il était devenu propriétaire (art. 2125). Par l'effet du jugement, l'aliénation est réputée n'avoir jamais existé. Nous ferons toutefois remarquer que si l'immeuble acquis appartenait à un mineur ou, d'une manière plus générale, si la vente était de celles qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice, l'action en rescision pour lésion de plus des 7/12e ne serait pas recevable (art. 1684). Dès lors, l'hypothèque consentie par celui qui se

serait porté adjudicataire dans ces conditions ne courrait aucun danger de ce chef. De même, si celui qui constitue l'hypothèque est un adjudicataire sur expropriation forcée, son titre ne peut être attaqué ni par une action en nullité (art. 728, 729 Pr. civ.), ni par une action en rescision pour cause de lésion (art. 1684). Par suite, l'hypothèque qu'il établit ne peut pas être annulée ou rescindée par voie de répercussion.

Mais la règle générale reprend son empire dans le cas où le constituant serait devenu propriétaire par l'effet d'une donation. La nullité de cette donation entraînerait l'anéantissement de l'hypothèque qu'il aurait consentie.

Aucune mesure de publicité ne vient révéler au prêteur les dangers auxquels est exposée, pour ces diverses causes, l'hypothèque qu'il stipule. Nous ne voyons même pas comment il serait possible de les publier. Le seul remède que l'esprit pourrait concevoir consisterait dans la séparation de la convention et du transfert de la propriété. Il faudrait que ce transfert se suffît à lui-même, qu'il fût indépendant de la cause à la suite de laquelle il s'opère et que les formalités qui l'accompagnent le missent à l'abri de toute critique. Il n'entre pas dans le plan que nous nous sommes tracé d'exposer et de discuter cette théorie.

Nous arrivons ainsi aux causes de résolution qui peuvent affecter le droit du constituant. En principe, cette résolution entraîne l'anéantissement de l'hypothèque (art. 2125). *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

Il est cependant un cas dans lequel le créancier hypothécaire n'a rien à redouter ; c'est lorsqu'il traite avec un donataire et que la révocation de la donation est demandée et prononcée pour cause d'ingratitude ; il suffit que l'inscription de l'hypothèque soit antérieure à la mention d'un extrait de la demande en révocation faite en marge de la transcription de la donation. L'article 958 décide que la révocation pour cause d'ingratitude ne peut pas alors préjudicier aux hypothèques consenties par le donataire.

Mais le principe s'applique entièrement quand il s'agit de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants. Cette cause de révocation n'est portée à la connaissance du créancier ni par l'acte de donation, ni par sa transcription. Il lui appartient de vérifier la situation du donateur. Ce qui le laisse exposé à un danger dont il peut lui être difficile d'avoir connaissance.

La donation, ou l'acte à titre onéreux, par l'effet duquel le constituant est devenu propriétaire de l'immeuble qu'il offre d'hypothéquer peut être encore affecté d'une condition résolutoire expresse. L'accomplissement de cette condition fera rétroactivement disparaître le droit de propriété du constituant et anéantira par suite l'hypothèque qui aura été consentie. Ce résultat n'est pas contraire à la justice. Le créancier hypothécaire ne peut pas se plaindre du danger qu'il court. Car il a pu exiger la production du

titre du constituant; il a pu aussi s'en procurer une copie, en requérant du conservateur des hypothèques un état des transcriptions, et être ainsi averti de la condition qui affectait le droit du constituant. Il a donc traité en parfaite connaissance de cause. S'il a été victime d'une erreur, c'est parce qu'il n'a pas eu recours aux moyens d'information largement suffisants que la loi mettait à sa disposition. Il est en faute et ne peut s'en prendre qu'à lui-même du préjudice que lui cause l'anéantissement de son hypothèque.

Enfin les actes d'aliénation, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, sont affectés d'une condition résolutoire tacite pour le cas où le donataire n'accomplit pas les charges qui lui ont été imposées (art. 953, 954), pour le cas où l'acheteur ne paie pas son prix (art. 1654). La résolution du droit de l'acquéreur entraîne la résolution de l'hypothèque par lui consentie (art. 954, 2125). La loi met-elle à la disposition du prêteur de deniers un moyen d'échapper à ce danger, ou du moins a-t-elle pris les précautions nécessaires pour éviter toute surprise ?

Non, si l'hypothèque est constituée par un donataire. Le créancier qui stipule une hypothèque de celui-ci peut, il est vrai, connaître les charges qui accompagnent la donation, soit par la production de l'acte notarié, soit par l'état des transcriptions délivré par le conservateur. Il éprouvera plus de difficulté si l'hypothèque est consentie par un ayant cause du donataire, comme un acheteur; l'obstacle cependant n'est pas infranchissable. Mais aucun document écrit n'apprendra à l'intéressé si les charges ont été exécutées. Il est obligé de s'en tenir aux affirmations du donataire qui consent l'hypothèque ; pour en contrôler l'exactitude, il n'a que la ressource de s'adresser au donateur. Encore ignorera-t-il le parti que prendra ce dernier si on lui reconnaît, comme on le fait généralement, la faculté ou de contraindre le donataire à remplir ses engagements, ou de demander la révocation de la donation pour inexécution des conditions. Enfin la conservation du droit du donateur n'est entourée d'aucune publicité. Le donateur n'est pas investi du privilège de l'article 2103, 1°. On ne saurait appliquer l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. Dans ces conditions, le prêteur refusera probablement de traiter avec le donataire ; le crédit hypothécaire de celui-ci sera compromis. En tout cas, l'opération est exposée à des lenteurs nuisibles aux intérêts de tous.

Le Code appliquait les mêmes règles au cas de vente. Le vendeur est également investi du droit ou d'exiger le paiement du prix ou d'agir en résolution du contrat pour inexécution par l'acheteur de cette obligation (art. 1654). S'il opte pour la résolution de la vente, il importe peu que l'immeuble soit demeuré entre les mains de l'acheteur ou que, par l'effet d'une ou de plusieurs aliénations, il soit passé entre les mains de nouveaux acquéreurs. En vain ces derniers auraient exécuté toutes leurs obligations ; si le premier acheteur n'a pas payé son prix, le vendeur originaire pourra

toujours poursuivre la résolution de la vente par lui consentie et faire tomber, par voie de conséquence, les droits des acquéreurs postérieurs, ainsi que les hypothèques par eux constituées. L'action résolutoire et le privilège, garantie de la créance du prix, formaient, entre les mains du vendeur, deux droits distincts et indépendants; la perte du dernier était sans influence sur l'exercice de l'action résolutoire dont la conservation n'était entourée d'aucune publicité. Dans le rapport qu'il présenta à la Chambre des Pairs sur la loi du 2 juin 1841, modificatrice du titre du Code de Procédure consacré à la Saisie immobilière, M. Persil signalait les dangers et les inconvénients de cet état de choses; il écrivait : « Nous « ne pouvons que faire des vœux pour que l'action résolutoire accordée « par l'article 1654 aux vendeurs créanciers du prix soit astreinte bientôt « à certaines conditions de publicité. Il est indispensable que les tiers la « connaissent et que, dans aucun cas, ils ne puissent être victimes soit de « la négligence, soit de la fraude ».

Ce vœu ne reçut satisfaction que par la loi du 23 mars 1855. Il nous faut montrer dans quelle mesure. Le législateur n'a pas ordonné, comme l'avait demandé M. Persil, la publicité de l'action résolutoire. Il en a seulement subordonné l'exercice à la conservation du privilège. L'art. 7 décide, en effet, que « l'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code « Napoléon, ne peut être exercée après l'extinction du privilège au préju- « dice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de « l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ». En associant l'action résolutoire et le privilège, en subordonnant l'exercice de la première à la conservation du second, la loi assure indirectement la publicité de l'action résolutoire. Car le privilège doit être rendu public. L'inscription qui en est directement requise par le vendeur ou qui en est faite d'office par le conservateur des hypothèques à la suite de la transcription de l'acte de vente, portera, en même temps, les deux droits à la connaissance des tiers réunissant les conditions exigées par la loi, quoique l'action résolutoire n'y soit pas expressément mentionnée.

Au premier abord, le but que l'on visait semble atteint, d'autant plus que les conservateurs des hypothèques ne consentent, en fait, à opérer la radiation de l'inscription du privilège qu'autant que l'acte de mainlevée renferme, en même temps, une renonciation à l'action résolutoire. Cependant la réforme est, en réalité, moins complète qu'elle ne le paraît. C'est la conséquence d'une doctrine admise par la jurisprudence et qu'il est nécessaire de signaler. Nous avons combattu ailleurs cette solution, il sera peut-être difficile d'en obtenir la réformation. L'inscription du privilège du vendeur requise par celui-ci ou prise d'office par le conservateur des hypothèques doit être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans (art. 2154). Il serait juste de décider que le défaut de renou-

vellement de l'inscription dans le délai légal entraîne la perte du privilège, qui dégénérerait ainsi en une hypothèque, et par suite l'extinction de l'action résolutoire. La jurisprudence n'a pas consacré cette solution. Elle décide, depuis la loi de 1855 comme elle le faisait avant, qu'une nouvelle inscription du privilège peut être requise tant que l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine de l'acheteur et qu'il n'est pas survenu un de ces événements qui mettent un terme à la faculté de s'inscrire utilement; elle admet que cette nouvelle inscription conserve le privilège avec tous ses attributs et, par suite, l'action résolutoire qui lui est associée. Dès lors, le but que se sont proposé et qu'ont poursuivi les auteurs de la loi de 1855, n'est pas atteint. Ils ont voulu que les tiers pussent apprendre, en consultant le registre du conservateur des hypothèques, l'existence de l'action résolutoire par l'inscription du privilège. Or, avant de contracter, le prêteur a pris la précaution de demander un état des inscriptions; il n'y voit aucune mention d'une inscription de privilège du vendeur; bien plus, il a pu apprendre qu'il y a eu à l'origine une inscription du privilège, mais il a su en même temps qu'elle a été atteinte par la péremption et qu'elle n'a pas été renouvelée. Il doit penser, en conséquence, que le prix est payé et que le privilège est éteint. Il traite en toute confiance, et voilà que, plusieurs années plus tard, le vendeur requiert une nouvelle inscription de son privilège; d'après la jurisprudence, ce vendeur peut se prévaloir de son droit avec tous les avantages qui y sont attachés; il est spécialement admis à exercer l'action résolutoire. Que s'il s'arrête à ce dernier parti, le prêteur de deniers sera déçu dans ses espérances les plus fondées et il verra anéantir son hypothèque par la résolution de la vente. Il sera la victime d'une de ces surprises que la loi de 1855 avait précisément pour objet de prévenir. Le Code, même réformé par la législation nouvelle, ne donne donc pas au créancier hypothécaire la sécurité que le législateur lui doit. C'est à juste titre, que le projet de loi présenté au Sénat le 27 octobre 1896, par le gouvernement, propose de mettre un terme à ce déplorable état de choses. Mieux inspirée, la jurisprudence aurait pu et pourrait encore remédier au mal; il lui suffirait de donner à la loi une interprétation plus conforme à son texte, aux intentions du législateur et aux besoins de la pratique.

Ces critiques, il est vrai, ne peuvent plus être formulées aujourd'hui dans le cas où celui qui constitue une hypothèque est devenu propriétaire de l'immeuble grevé à la suite d'une adjudication sur expropriation forcée. Mais il n'en était pas de même avant les modifications considérables apportées, en 1841, au titre du Code de procédure civile consacré à la Saisie immobilière.

Le Code de procédure civile, en effet, n'avait pas conservé les règles suivies dans notre ancien droit. L'adjudication sur décret purgeait naguères

toutes les charges qui n'étaient pas exprimées par l'affiche et éteignait tous les droits de propriété et autres droits réels que des tiers auraient pu avoir sur l'héritage adjugé. Dérogeant à ces principes, l'art. 731 du Code de procédure civile de 1807 portait : « L'adjudication définitive ne transmet à « l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi ». Par conséquent, l'adjudicataire sur expropriation forcée, comme l'acheteur à l'amiable, était exposé à se voir évincé par l'effet de l'action en résolution introduite par un précédent vendeur pour défaut de paiement du prix, sans qu'aucune mesure de publicité l'eût averti de ce danger. Les intérêts de l'adjudicataire se trouvaient ainsi compromis, et, en même temps, ceux du saisi et de ses créanciers, auxquels il importe que l'immeuble atteigne le plus haut prix possible.

L'adjudicataire cependant mérite toutes les faveurs de la loi. Il a acheté sous la foi de la justice et sous sa garantie. Il n'a pas été en rapports avec le saisi. On ne peut pas lui reprocher de ne pas s'être procuré des renseignements que le saisi, irrité par la rigueur des poursuites exercées contre lui, refuserait probablement de lui fournir. La loi lui impose l'obligation de payer son prix aux créanciers, de suite s'ils s'entendent pour sa distribution, après le règlement de l'ordre et la délivrance des bordereaux dans le cas contraire. C'est devant la justice qu'il a acheté. C'est sur l'ordre de la loi qu'il a payé son prix. Cependant il ne jouit pas d'une pleine et entière sécurité. Une action en résolution pour défaut de paiement du prix intentée par un précédent vendeur peut, en anéantissant le droit de propriété du saisi, faire tomber, par voie de conséquence, son propre droit et ceux de tous ses ayants cause. L'adjudicataire, obligé de restituer la chose, ne conservera que la ressource d'agir en restitution des sommes par lui payées aux créanciers colloqués dans l'ordre et, pour le surplus, la ressource ordinairement illusoire d'un recours en garantie contre le saisi, recours dont on a même contesté l'existence.

Le précédent vendeur avait donc, par l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, la faculté de recouvrer son immeuble sans avoir rien à payer à l'adjudicataire, sauf toutefois le remboursement des impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value. Cette faveur extrême qui lui était faite par la loi, et que respectait le Code de procédure civile de 1807, ne se pouvait justifier par aucune considération, quelles que fussent les circonstances, que son privilège eût été ou non publié par une inscription actuellement subsistante.

De deux choses l'une en effet. Si le privilège a été inscrit et si l'inscription en a été régulièrement renouvelée, le vendeur a été averti de la poursuite en expropriation forcée par la signification du placard d'affiche, qui lui a été faite en exécution de l'art. 692 du Code de procédure. Le silence qu'il a gardé n'implique-t-il pas de sa part consentement à ce que

la poursuite suive son cours, consentement à ce que l'adjudication soit prononcée? Sa conduite n'est-elle pas une manifestation tacite de sa volonté de renoncer au droit d'exercer l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix et de se contenter de son privilège?

Si au contraire l'inscription du privilège a été frappée de péremption et n'a pas été renouvelée en temps utile, l'abstention du vendeur n'a-t-elle pas porté celui qui s'est rendu adjudicataire à croire que le prix avait été payé? Ce dernier n'a-t-il pas dû penser qu'il n'avait pas à redouter une action résolutoire que les circonstances devaient lui faire considérer comme éteinte?

Si enfin le vendeur n'a rien fait pour conserver son privilège, s'il n'a pas fait transcrire la vente qui, sous le Code et en 1841, était opposable aux tiers sans aucune publicité, s'il n'a requis aucune inscription, il n'est digne d'aucune faveur, il ne mérite pas d'être préféré à un adjudicataire qui, nous l'avons prouvé, échappe à tout reproche. Si l'action résolutoire était admise, si elle le dépouillait de son droit, il serait la victime d'une véritable surprise. Son éviction pourrait même être le résultat d'une fraude concertée entre le vendeur et le saisi pour faire revivre une créance éteinte, en supprimant les quittances qui constataient le paiement.

Sous l'empire de ces considérations élevées d'équité et d'utilité sociale, la loi du 2 juin 1841, après avoir reproduit, au commencement du nouvel art. 717, la disposition déjà citée de l'ancien art. 731 du Code de procédure, impose au vendeur l'obligation de notifier sa demande en résolution au greffe du tribunal avant l'adjudication, et de la faire juger dans le délai imparti à cet effet par le juge, ou dans le délai prorogé. Si, faute par le vendeur de se conformer à ces prescriptions, l'adjudication avait eu lieu avant qu'il n'eût été statué sur l'action en résolution, l'adjudicataire ne pourrait pas être poursuivi par voie d'action résolutoire, et les anciens vendeurs ne seraient admis à exercer leurs droits que dans l'ordre et la distribution du prix. La loi du 21 mai 1858, qui a modifié l'art. 717 Pr. civ., a purement et simplement reproduit sur ce point les dispositions de la loi du 2 juin 1841.

Cette règle salutaire est spéciale à l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix. Elle se justifie, pour le cas où le privilège est porté à la connaissance des tiers, au moyen d'une inscription existante au moment des poursuites, par la notification qui est faite au vendeur en exécution de l'art. 692 Pr. civ., et par l'avertissement qui lui est donné en même temps que, faute par lui de former sa demande en résolution et de la notifier au greffe avant l'adjudication, il sera définitivement déchu, à l'égard de l'adjudicataire, du droit de faire résoudre le contrat. Si le privilège n'est pas publié par une inscription encore subsistante, la déchéance du vendeur se justifie par la négligence qu'il a commise, et peut-être par la fraude dont il s'est rendu le complice.

La Cour de cassation (Civ. cass., 25 mai 1897) a appliqué cette déchéance à tous les précédents vendeurs; mais elle impose au saisissant l'obligation de faire les notifications, non seulement aux vendeurs portés sur l'état délivré par le conservateur, mais encore aux précédents vendeurs mentionnés sur son titre, alors même qu'ils ne figurent pas sur l'état, et aussi aux précédents propriétaires indiqués dans l'extrait de la matrice cadastrale.

Quoi qu'il en soit, on peut dire aujourd'hui que le prêteur de deniers qui stipule une hypothèque d'un adjudicataire sur expropriation forcée, n'est plus exposé, en principe du moins, à voir anéantir son droit par l'effet d'un jugement prononçant la résolution d'une vente antérieure pour défaut de paiement du prix.

III

Lorsque le prêteur de deniers a acquis la certitude de traiter avec celui qui est le propriétaire actuel de l'immeuble, il lui faut encore apprécier la valeur de la garantie qui lui est proposée. Dans cette appréciation, il tiendra compte des démembrements qu'a pu subir la propriété de l'immeuble et des charges qui le grèvent.

En ce qui concerne les démembrements du droit de propriété : usufruit, usage, habitation, servitudes, le Code avait été moins prévoyant que la loi du 11 brumaire an VII.

S'il avait été établi sur l'immeuble un droit susceptible d'hypothèque, c'est-à-dire un droit d'usufruit, et si ce droit était constitué par donation entre vifs, l'art. 939 du Code, inspiré de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, ordonnait la transcription de l'acte constitutif sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement dans lequel le bien est situé. Le prêteur avait donc, grâce à cette publicité, le moyen d'être exactement renseigné sur la condition juridique de l'immeuble; il pouvait traiter en connaissance de cause.

Mais si l'usufruit était acquis par succession ou par testament, s'il était établi entre vifs par acte à titre onéreux, il en était autrement. Le Code ne prescrivait, même dans ce dernier cas, à la différence de la loi du 11 brumaire an VII, aucune mesure de publicité, pas plus d'ailleurs qu'il n'en imposait, comme nous l'avons déjà dit, pour rendre opposable aux tiers le transfert de la propriété des immeubles. Les inconvénients que nous avons signalés se reproduisaient en cette matière. Il nous paraît inutile d'insister de nouveau sur ce point.

Lorsqu'il s'agissait de la transmission d'un de ces droits réels qui, comme les servitudes, ne sont pas susceptibles d'hypothèques, la publicité n'était pas plus requise par le Code que par la loi du 11 brumaire an VII. Que l'acquisition eût lieu à titre gratuit ou à titre onéreux, l'acte constitutif du droit était opposable à tous les ayants cause postérieurs, indé-

pendamment de toute publicité, du moment où il était constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant acquis date certaine. Le prêteur de deniers, qui stipulait une hypothèque, était exposé à de désagréables surprises. La valeur de son gage était quelquefois gravement atteinte par la révélation imprévue de servitudes dont il avait ignoré et dont il ne pouvait soupçonner l'existence.

La loi du 23 mars 1855 a mis un terme à cet état de choses lorsque la servitude est constituée entre vifs. Elle soumet à la transcription non seulement les actes à titre onéreux translatifs ou constitutifs d'un droit susceptible d'hypothèques, mais encore les actes constitutifs de servitude ou d'autres droits qu'elle énumère, quoiqu'ils ne soient pas susceptibles d'hypothèques (art. 2). Bien que la loi de 1855 déclare ne pas déroger aux dispositions du Code relatives aux actes portant donation (art. 11, al. 6), les auteurs sont généralement d'avis que la transcription des donations de servitudes, qui n'était pas exigée par le Code, est devenue nécessaire depuis la loi de 1855.

La charge susceptible de diminuer la valeur de l'immeuble, offert en garantie, peut consister en un droit d'antichrèse. Comme pour les droits dont nous venons de parler, le Code n'ordonnait aucune mesure de publicité. Le créancier hypothécaire, qui traitait après la constitution de l'antichrèse, était, de ce chef encore, exposé à une surprise désastreuse. La loi du 23 mars 1855 a également remédié à cet inconvénient en assujettissant à la publicité les actes constitutifs d'antichrèse (art. 2, n° 1).

En dernier lieu, les charges susceptibles de diminuer la valeur de la garantie offerte peuvent consister en des privilèges ou hypothèques assurant à d'autres créanciers un droit de préférence sur le prix de l'immeuble. Il importe au prêteur de deniers de les connaître. Ici on rencontrait, dès 1804, un système tout différent; le Code, en effet, emprunte à la loi du 9 messidor an III et à la loi du 11 brumaire an VII le principe de la publicité. Il fournit ainsi au créancier le moyen de traiter, en général du moins, en connaissance de cause. L'efficacité des privilèges et hypothèques est subordonnée à la condition d'une inscription prise sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement de la situation du bien grevé. La loi exige notamment que l'immeuble affecté soit désigné par l'indication de sa nature et de sa situation et qu'on précise le montant de la créance garantie. Il suffit donc au prêteur de s'adresser au fonctionnaire chargé de la tenue des registres et de requérir un état des inscriptions. Pour obtenir un relevé complet des inscriptions existantes, il lui faudra indiquer avec la plus grande précision les noms des propriétaires successifs de l'immeuble. Il ne lui suffirait pas de désigner, même avec une exactitude absolue, le bien dont il veut connaître la situation juridique. Car les répertoires des registres du conservateur sont

dressés par noms de personnes et non par désignation d'immeubles ; la publicité est, à ce point de vue, personnelle et non réelle ; à cet égard il y aurait certainement lieu d'opérer une réforme et d'établir, dans la mesure du possible pour le moment, un répertoire réel. La réforme est facile pour les immeubles urbains ; elle est plus difficile pour les immeubles ruraux, qu'il faudrait, au préalable, individualiser. La loi du 17 mars 1898, tendant à rendre plus rapide et plus économique la revision du cadastre, marque un premier pas dans cette voie. Rappelons cependant que la clandestinité des mutations *mortis causa* laisse subsister une lacune regrettable, quand il s'agit de dresser la généalogie complète de la propriété.

Ce ne sera pas là notre seule critique. Le Code, en réalité, ne fournit pas à l'intéressé le moyen d'obtenir, d'une manière complète, les renseignements qui lui sont nécessaires. Si, en effet, toutes les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles, ne prennent rang qu'à la date de leur inscription (art. 2134), il est néanmoins des hypothèques légales, celles des mineurs et interdits, ainsi que celle de la femme mariée, qui produisent leur effet indépendamment de toute inscription (art. 2135). Sans doute, le Code impose aux maris et tuteurs l'obligation de les faire inscrire. Mais l'absence d'inscription ne peut pas nuire aux incapables, qui n'en sont pas moins admis à exercer leurs droits dans toute leur plénitude. Si aucune inscription n'a été requise, l'état dressé par le conservateur ne révélera pas l'existence de ces hypothèques au prêteur. Celui-ci n'en pourra avoir connaissance que par les déclarations que le Code exige des maris et tuteurs, obligation qui leur est imposée, sous peine d'être réputés stellionataires, et comme tels contraignables par corps (art. 2136). Mais nous l'avons déjà dit, la contrainte par corps a été abolie par la loi du 22 juillet 1867. La responsabilité personnelle du subrogé tuteur est la dernière garantie édictée dans l'intérêt du créancier (art. 2137). Le législateur a peut-être pensé que la tutelle et le mariage sont des faits publics et notoires dont l'intéressé aurait facilement connaissance ; il serait ainsi averti de l'existence de l'hypothèque.

Mais en admettant que les choses se passent ainsi, il serait encore indispensable de connaître le montant des créances garanties, et en ce qui concerne le mineur et l'interdit, toute appréciation est impossible, parce que la créance dont l'hypothèque a pour but d'assurer le paiement dépend du compte que le tuteur rendra à la cessation de la tutelle et qu'on ne peut avant cette époque en préciser les éléments. Il convient de traiter à part de l'hypothèque légale de la femme mariée. Elle offre, à la vérité, le même inconvénient que celles du mineur et de l'interdit, quoique le législateur, par des motifs d'équité et de justice, lui ait assigné un rang qui varie avec les diverses créances que la femme peut avoir contre son mari. Il est, en effet, impossible de déterminer, même approximativement, le

montant des créances, souvent éventuelles, que cette sûreté garantit à la date de la célébration du mariage. Mais la pratique et la jurisprudence ont réussi à prévenir les incontestables dangers de cette situation à l'aide des subrogations et des renonciations à l'hypothèque légale. Et, d'une façon plus générale, on peut dire qu'elles ont transformé en instrument de crédit, ce qui, dans la pensée des rédacteurs du Code, était une charge grevant les immeubles du mari.

L'hypothèque transmise par la subrogation au cessionnaire ou au subrogé, était l'hypothèque de la femme. Elle conservait, entre les mains du bénéficiaire de l'opération, tous les privilèges et tous les avantages qui y étaient attachés dans la personne de la femme. On en avait logiquement conclu qu'elle continuait à être dispensée d'inscription. Il est inutile d'insister pour faire ressortir les périls que cette solution faisait courir aux intérêts du prêteur, pour montrer comment le subrogé, qui avait cru acquérir une garantie solide, pouvait se trouver déçu dans ses légitimes espérances par la découverte de subrogations antérieures. La loi du 23 mars 1855 a remédié à ce danger en prescrivant la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, et en subordonnant à la condition d'une inscription ou d'une mention l'efficacité de la convention à l'égard des tiers. Les intéressés sont ainsi avertis des transmissions d'hypothèque qui ont pu s'opérer et qu'il leur importe de connaître.

La dispense de publicité dont bénéficiaient les mineurs, les interdits et les femmes mariées était, d'après le Code, indéfinie dans le temps. A toute époque, entre les mains de tout tiers détenteur, quel qu'il fût, à l'encontre de tout créancier, l'hypothèque pouvait être exercée au rang déterminé par l'art. 2135, indépendamment de toute inscription. Or, si l'on peut admettre à l'extrême rigueur que les tiers aient connaissance d'une tutelle qui fonctionne, d'un mariage qui se manifeste par la communauté d'existence, il n'en est évidemment pas de même lorsque la tutelle a pris fin, lorsque le mariage est dissous. Le prêteur, qui, sur la foi d'une hypothèque, traitait avec l'ancien tuteur, l'ancien mari, leurs représentants ou ayants cause, pouvait être surpris par l'apparition soudaine d'une hypothèque légale dont rien ne lui permettait de soupçonner l'existence. Il n'aurait pu trouver de protection que dans une purge des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites. Mais le Code, qui organise cette procédure en faveur du tiers acquéreur, ne permet pas au prêteur d'y avoir recours. L'exception édictée au profit des sociétés de Crédit foncier (Décret 28 février 1852, art. 8; L. 10 juin 1853, art. 2 et 3) ne saurait être étendue à d'autres personnes.

La loi du 23 mars 1855 a, par son art. 8, suppléé à cet égard à l'insuffisance des dispositions du Code. Le législateur part de cette idée juste que, basée sur l'impossibilité morale où se trouvent les incapables de

veiller à leurs intérêts, la dispense de publicité doit cesser avec la cause qui la justifie. En conséquence, il décide que les bénéficiaires de ces hypothèques légales sont tenus de les faire inscrire dans l'année à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. L'hypothèque qui n'a pas été inscrite dans le délai n'est pas éteinte ; mais l'inscription qui en sera requise, si aucun événement ne s'oppose à ce qu'elle soit utilement faite, ne produira d'effet qu'à sa date.

Lorsque le prêteur traite non pas avec le tuteur ou avec le mari, mais avec l'acquéreur d'un immeuble ayant appartenu à l'une de ces personnes, il peut le faire en toute sécurité si les hypothèques ont été purgées conformément au chapitre IX du titre des Privilèges et Hypothèques. Il n'a non plus aucune crainte à concevoir si l'acquéreur de l'immeuble du mari, qui lui consent l'hypothèque, a obtenu de la femme une renonciation en sa faveur à l'hypothèque légale, et si les formalités de publicité imposées par la loi ont été remplies. La loi du 23 mars 1855 avait soulevé en cette matière une grave controverse. On se demandait si la renonciation à l'hypothèque légale, au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, était régie par le droit nouveau. Généralement, on proposait de distinguer entre le cas où la renonciation était translative et celui où elle était simplement abdicative du droit de la femme. La loi du 13 février 1889 a mis fin à ces discussions en complétant l'art. 9 de la loi de 1855. Elle impose la publicité pour rendre la renonciation opposable aux tiers ; mais elle se contente de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation de la femme y est contenue ; dans le cas contraire, elle exige la mention de la renonciation faite par acte séparé en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Le prêteur est ainsi en mesure de connaître la situation juridique de l'immeuble sur lequel il acquiert une hypothèque ; toutefois, il ne lui suffit pas de requérir un état des inscriptions ; il est obligé de consulter également le registre des transcriptions.

Lorsque le constituant est devenu propriétaire à la suite d'une adjudication sur expropriation forcée, la sécurité du créancier est bien plus grande. Aujourd'hui, et depuis que la loi du 21 mai 1858 a tranché la controverse qui divisait les auteurs et la jurisprudence, toutes les hypothèques, même les hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, sont purgées par la transcription du jugement d'adjudication (art. 717, al. 6, Pr. civ.). Le prêteur n'a donc alors rien à craindre de l'exercice des hypothèques dispensées d'inscription nées du chef des précédents propriétaires.

Alors même que le créancier a connaissance de toutes les hypothèques qui grèvent l'immeuble, il peut, dans certains cas, éprouver un grave embarras pour apprécier la valeur de la garantie qui lui est proposée. Il existe en effet, d'après le Code, des hypothèques générales : les hypothèques

légales de l'art. 2121 et les hypothèques judiciaires. En outre, une hypothèque conventionnelle peut être constituée sur plusieurs immeubles. L'indivisibilité de l'hypothèque permet alors au créancier, en principe du moins, de choisir librement l'immeuble sur le prix duquel il demandera sa collocation. L'incertitude qui plane sur cette détermination met le prêteur auquel on offre une hypothèque sur un seul immeuble dans l'impossibilité d'apprécier exactement les charges dont ce bien est grevé. Le crédit de l'emprunteur reçoit ainsi une grave atteinte.

L'efficacité des privilèges immobiliers à l'égard des tiers, soit au point de vue du droit de préférence (art. 2106), soit au point de vue du droit de suite (art. 2166), est, comme celle des hypothèques, subordonnée à la condition d'une inscription. Cette publicité, surtout si l'on décide avec la Cour de cassation (Ch. réun. Cass., 31 janvier 1898) qu'elle doit précéder ou accompagner la naissance du privilège, sauvegarde très efficacement les intérêts du prêteur de deniers disposé à ne traiter que sous la garantie d'une hypothèque. Mais le principe comporte des exceptions (art. 2106), et des observations particulières doivent être présentées.

S'agit-il d'un immeuble sur lequel le propriétaire fait élever une construction nouvelle, le prêteur, qui veut savoir s'il a à redouter l'exercice du privilège du constructeur jusqu'à concurrence de la plus-value, devra vérifier si l'inscription du premier procès-verbal a été faite avant le commencement des travaux (art. 2110). Si l'inscription n'a été prise qu'à une date postérieure, le constructeur n'est plus investi que d'une hypothèque et le tiers prêteur en appréciera la charge comme pour toute autre hypothèque. Remarquons seulement que cette hypothèque ne grèvera l'immeuble que jusqu'à concurrence de la plus-value ; même dans cette mesure, elle sera primée par l'hypothèque du prêteur si l'inscription de celle-ci est la première en date.

S'agit-il d'une hypothèque constituée sur un immeuble héréditaire par un héritier pur et simple, la prudence conseillera au prêteur d'attendre, pour se dessaisir des fonds, l'expiration du délai de six mois accordé aux créanciers du défunt pour requérir inscription du privilège de la séparation des patrimoines (art. 2111) et de vérifier si, dans ce délai, une inscription a été effectivement opérée.

S'agit-il d'une hypothèque constituée par un héritier sur un immeuble héréditaire qui lui a été attribué par le partage ou adjugé sur licitation, le prêteur ne devra remettre les fonds à l'emprunteur qu'après s'être assuré qu'aucune inscription du privilège du copartageant n'a été faite dans le délai de soixante jours accordé par l'article 2109. Si l'hypothèque était constituée par un acheteur qui tiendrait ses droits de l'héritier attributaire ou adjudicataire de l'immeuble, le prêteur fera bien d'attendre l'expiration

du délai de quarante-cinq jours à partir de l'acte de partage, fixé par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 pour l'inscription du privilège du copartageant.

S'agit-il d'une hypothèque constituée par un acheteur tenant ses droits d'un autre acheteur, il importera au prêteur de ne se dessaisir des fonds qu'après l'expiration du délai de quarante-cinq jours à partir de la première vente ; car l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 accorde ce délai au vendeur originaire pour faire inscrire son privilège.

Dans toutes ces hypothèses, le Code et la loi du 23 mars 1855 donnent au prêteur le moyen d'être exactement renseigné sur les privilèges qui grèvent l'immeuble grâce à l'état délivré par le conservateur des hypothèques, pourvu que la réquisition soit postérieure à l'expiration des délais que nous avons rapidement indiqués.

En est-il de même pour le privilège du vendeur ? Le prêteur auquel l'acheteur consent une hypothèque sur l'immeuble acheté peut-il obtenir du conservateur des hypothèques des renseignements capables de le mettre à l'abri de toute surprise ? Nous allons retrouver ici une jurisprudence dont nous avons déjà eu l'occasion de signaler les inconvénients en parlant de l'action résolutoire. Montrons-les sommairement. La vente a été transcrite. L'acte constate que le prix est dû en totalité ou en partie. Inscription du privilège du vendeur a été prise d'office par le conservateur des hypothèques. Dix ans se sont écoulés. L'inscription n'a pas été renouvelée ; elle est périmée. Le tiers qui est disposé à consentir un prêt à l'acheteur exige une hypothèque. Il requiert un état du conservateur des hypothèques ; l'état est négatif. L'opération est consommée. Inscription est faite de l'hypothèque. Le créancier se croit certain d'être colloqué au premier rang dans l'ordre. Au jour de la distribution du prix de revente de l'immeuble, il trouve en face de lui le vendeur qui a fait réinscrire son privilège depuis l'inscription de l'hypothèque. Si la somme mise en distribution ne suffit pas pour les désintéresser l'un et l'autre, lequel des deux sera préféré ? D'après la jurisprudence, le vendeur sera colloqué avant le créancier hypothécaire de l'acheteur.

Cette solution est contraire à l'équité. Le créancier hypothécaire s'est entouré de tous les renseignements que la loi lui donnait le moyen d'obtenir. Il a constaté qu'il n'y avait pas d'inscription du privilège du vendeur. S'il a poussé plus loin ses investigations, il a appris que l'inscription de ce privilège avait été faite mais qu'elle n'avait pas été renouvelée dans le délai de la loi. Il a dû présumer en conséquence, comme l'écrivait M. Persil dans son rapport sur la loi du 2 juin 1841, que le privilège était éteint. Malgré cela, l'inscription postérieure de ce privilège le privera de la garantie sur laquelle il avait compté, sans laquelle il n'aurait pas consenti à contracter ! En vain on dirait qu'il aurait pu s'adresser au

vendeur et obtenir de lui les renseignements qui lui ont manqué. Mais il peut ignorer la demeure actuelle du vendeur, il ne peut pas le contraindre à lui répondre ; le vendeur peut être mort ; le créancier ne connaît pas ses héritiers. D'ailleurs les registres du conservateur des hypothèques ont précisément été institués pour dispenser de ces recherches et de ces démarches. La loi veut que les charges établies sur les immeubles y soient inscrites. Au nombre de ces charges figure le privilège du vendeur. Pour asseoir le crédit hypothécaire sur des bases solides, il faut, conformément à la volonté du législateur, que les privilèges et hypothèques, qui ne sont pas inscrits sur les registres, ne soient pas opposables au tiers. Pourquoi faire une exception unique en faveur du vendeur et le soustraire à l'application de l'article 2113 ? Il ne mérite cependant pas les faveurs de la loi. Il est coupable de négligence puisqu'il ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 2154 et n'a pas renouvelé son inscription en temps utile. Le créancier hypothécaire est au contraire digne à tous égards de la protection de la loi ; il a traité sous la foi de ses dispositions après avoir requis l'état établi par le législateur pour le renseigner.

La doctrine admise par la jurisprudence compromet en somme de la manière la plus grave le crédit hypothécaire. Pour réformer cet état de choses, pour donner aux tiers la sécurité qui leur est due, il ne serait cependant pas nécessaire d'avoir recours à une loi nouvelle ; il suffirait que la jurisprudence décidât que le privilège du vendeur rendu public et conservé par la transcription (art. 2108) ne peut être opposé aux tiers qu'autant que l'inscription prise d'office en a été renouvelée dans le délai de dix ans, et d'autre part, comme nous l'avons proposé avec d'éminents auteurs, qu'à défaut de renouvellement dans ce délai il dégénère en une hypothèque, que l'action résolutoire, accessoire du privilège, disparaît avec lui, et que l'hypothèque qui survit au privilège ne produit plus d'effet à l'égard des tiers qu'à la date de la nouvelle inscription qui en est régulièrement requise (art. 2113).

Il resterait cependant encore un danger à redouter. Une déclaration frauduleusement inexacte de l'acheteur, dissimulant la vente et affirmant, par exemple, qu'il est devenu propriétaire à la suite d'une mutation *mortis causa*, enlèvera au prêteur le moyen d'obtenir les renseignements nécessaires pour sauvegarder ses droits. Pour prévenir cette fraude il serait nécessaire de fixer un délai de rigueur dans lequel le vendeur serait tenu de faire inscrire son privilège sous peine de le voir dégénérer en hypothèque. On appliquerait ainsi au droit de préférence une solution analogue à celle édictée pour le droit de suite par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855. C'est la réforme proposée dans le projet de loi soumis au Sénat.

IV

Pour remplir le cadre que nous nous sommes tracé, il nous faut maintenant parler de la conservation de l'hypothèque que nous supposons constituée dans les formes déterminées par l'art. 2127. A la suite de la loi du 9 messidor an III et de la loi du 11 brumaire an VII, le Code fait dépendre de la publicité l'efficacité à l'égard des tiers de l'hypothèque conventionnelle, la seule dont nous parlons. Une inscription est nécessaire pour que le créancier hypothécaire puisse se prévaloir soit du droit de préférence (art. 2134), soit du droit de suite (art. 2166). Tant que l'immeuble demeure la propriété du constituant ou de ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel, cette inscription peut, en principe, être requise à toute époque; le créancier a le plus grand intérêt à être diligent, parce que la date de l'inscription détermine son rang.

Il est cependant des événements qui viennent mettre un terme à la faculté pour le créancier de faire inscrire son hypothèque et paralysent entre ses mains l'exercice de son droit : il en est ainsi d'abord lorsque le débiteur a été déclaré en faillite ou admis au bénéfice de la liquidation judiciaire. L'égalité est la loi de la faillite : la situation des créanciers est fixée au jour du jugement qui déclare la faillite ou ordonne l'ouverture de la liquidation judiciaire; nulle modification ne peut y être apportée dorénavant. Quant aux inscriptions faites avant le jugement, l'art. 2146 en prononçait l'inefficacité si elles avaient été requises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Ainsi se trouvaient destituées de tout effet, aux termes de la déclaration de novembre 1702 en vigueur à l'époque de la rédaction du Code, les inscriptions prises dans les dix jours précédant la cessation des paiements publiquement connue. La disposition était sévère. La rigueur en fut encore aggravée par les articles du Code de commerce conférant au tribunal un pouvoir souverain pour fixer l'époque de la cessation des paiements. Mais elle fut corrigée par la disposition plus équitable de la loi du 28 mai 1838 qui forme l'article 448 C. com.

La mort du débiteur, suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, fait disparaître tout débiteur personnel ; elle ne laisse plus place qu'à la liquidation du patrimoine du *de cujus*. Cette liquidation se fera suivant l'état des choses au jour du décès. Nulle cause de préférence nouvelle ne peut être acquise ; celles qui ont été antérieurement établies ne peuvent pas acquérir, au regard des tiers, une efficacité qui ne leur appartenait pas. La mort du débiteur constituant a fixé, dans ce cas, l'état de ses créanciers. Le prêteur court ainsi le danger de voir frapper d'inefficacité, malgré sa diligence, l'inscription qu'il a cru requérir utilement. Le législateur serait bien inspiré, si, à l'exemple du législateur belge, il fixait

un délai pendant lequel le créancier pourrait faire valablement inscrire son hypothèque et s'il édictait, en notre matière, une règle analogue à celle de l'article 448 C. com.

Lorsque l'immeuble grevé a été aliéné par le débiteur, le droit pour le créancier de prendre utilement inscription de son hypothèque prend fin au jour où le constituant cesse, à l'égard des tiers, d'être propriétaire de l'immeuble grevé. Sous l'empire du Code, cette époque variait suivant qu'il s'agissait d'une transmission à cause de mort ou entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux.

S'agissait-il d'une transmission *mortis causa*, c'est-à-dire d'un legs à titre particulier, la faculté pour le créancier de faire inscrire son hypothèque avait pour terme, d'après les principes du C. civil, le jour du décès du testateur, parce que le transfert de propriété avait lieu à cette époque ou remontait à cette date par l'effet rétroactif de l'acceptation du légataire. Cette règle est encore en vigueur. Il est inutile d'insister pour montrer qu'elle est, comme l'effet attaché à l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur, susceptible de compromettre les droits du créancier dans le cas de mort subite et imprévue du constituant. Pour prévenir ces inconvénients, il serait ici encore préférable d'accorder au créancier un délai pendant lequel il pourrait s'inscrire utilement et d'édicter une règle analogue à celle de l'article 448 C. com.

S'agissait-il d'une transmission entre vifs à titre gratuit, c'est-à-dire d'une donation, le droit pour le créancier de requérir utilement inscription de son hypothèque existait, sous le Code, dont la règle n'a pas été modifiée, jusqu'à la transcription de la donation. De l'accomplissement de cette formalité dépend l'efficacité de la donation à l'égard des créanciers hypothécaires qui sont incontestablement des parties intéressées, admises par l'art. 941 à opposer le défaut de transcription.

S'agissait-il d'une transmission entre vifs à titre onéreux, on décidait généralement que les rédacteurs du Code, en supprimant l'article 91 du projet relatif au titre des Privilèges et Hypothèques, avaient manifesté la volonté de ne pas maintenir la transcription. Cette solution, affirmée par le tribun Grenier dans l'édition officielle et rectifiée de son rapport, émut le Directeur général de l'enregistrement par la perspective de la diminution du nombre des transcriptions et par suite par la réduction de recettes qui devait en être la conséquence. Elle fut cependant, malgré l'opinion contraire exprimée par le Grand Juge, adoptée par le Conseil d'Etat. Cette assemblée, saisie de la question, émit, en effet, sur le rapport de sa section de législation, l'avis que « la transcription, utile encore aujourd'hui, soit « pour purger l'immeuble des hypothèques inscrites antérieurement à la « vente, soit pour la purge des hypothèques légales qui auraient existé « aussi antérieurement à la vente, n'est plus nécessaire, depuis la pro-

« mulgation du Code civil, pour annuler l'effet des inscriptions posté-« rieures » (Avis non publié du 23 thermidor et d'après Merlin du 11 fructidor an XIII). L'inscription de l'hypothèque devait donc être faite avant que la convention translative de la propriété eût reçu sa perfection par le concours des volontés des parties constaté par un acte faisant foi de sa date à l'égard des tiers.

Bien que cet avis ne fût pas devenu obligatoire, l'exactitude de cette solution fut reconnue par l'orateur du gouvernement et par celui du tribunat, lors de la rédaction du Code de procédure civile. Mais, pour donner satisfaction aux réclamations de la régie de l'enregistrement et multiplier les transcriptions en leur rendant leur utilité, l'art. 834 Pr. civ. autorisa les créanciers ayant hypothèque du chef des précédents propriétaires à faire inscrire leurs hypothèques jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation et même pendant un délai de quinzaine à partir de l'accomplissement de cette formalité.

Sans insister sur l'intérêt que cette disposition nouvelle présentait pour les tiers acquéreurs et les modifications qu'elle apportait à leur situation, nous ferons seulement remarquer qu'elle protégeait le créancier hypothécaire contre une fraude redoutable. La vente de l'immeuble hypothéqué, à une date très rapprochée de la constitution de l'hypothèque, pouvait le mettre dans l'impossibilité de requérir inscription avant l'aliénation, et par suite de conserver la sûreté, sous la foi de laquelle il avait consenti à traiter. En l'autorisant à faire inscrire son hypothèque même après l'aliénation et jusqu'à sa transcription, même après la transcription et pendant un délai de quinzaine à partir de l'accomplissement de cette formalité, on le mettait à l'abri de ce danger.

Cette règle a été abrogée par la loi du 23 mars 1855, qui a comblé la lacune du Code civil et a rétabli le principe écrit dans l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII. Dorénavant, par la transcription seule, l'acte d'aliénation devient opposable aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, mais jusque-là seulement ceux-ci peuvent utilement faire inscrire leurs hypothèques sur l'aliénateur.

Requise conformément à la loi, l'inscription ne conserve l'hypothèque que pendant dix ans (art. 2154) ; elle doit être renouvelée avant l'expiration de ce délai.

En se conformant à cette prescription, le créancier sauvegarde son droit hypothécaire sur les immeubles qui ne sont pas sortis des mains du débiteur. Dans ce cas, la prescription de l'hypothèque et la prescription de la créance sont indissolublement unies; la prescription de l'hypothèque ne peut pas s'accomplir indépendamment de la prescription de la créance (art. 2180). Remarquons seulement, avec la loi, que les inscrip-

tions prises par le créancier, et spécialement les inscriptions prises en renouvellement, n'interrompent pas la prescription de la créance et la prescription de l'hypothèque, qui sera la conséquence nécessaire de la première.

L'inscription prise en renouvellement n'interrompt pas davantage la prescription de l'hypothèque qui court au profit du tiers détenteur et qui est indépendante de la prescription de la créance. Ici la jurisprudence sauvegarde les droits du créancier en décidant, malgré une très grave controverse, que la prescription ne court, au profit du tiers détenteur, qu'à partir de l'échéance du terme, si la créance est à terme, qu'à partir de l'accomplissement de la condition, si la créance est conditionnelle. Mais lorsque la créance est exigible, il ne suffira pas au créancier de renouveler régulièrement son inscription pour conserver son droit, dans le cas où l'immeuble est passé entre les mains d'un tiers détenteur; car la prescription de l'hypothèque courra au profit de ce dernier et ne sera pas interrompue par l'inscription prise en renouvellement. Il lui faudra donc s'assurer, par les moyens que nous avons indiqués et qui sont insuffisants puisque toutes les transmissions à titre particulier ne sont pas assujetties à la publicité, que l'immeuble grevé n'est pas devenu la propriété d'un tiers détenteur. Si ses investigations lui révèlent que la propriété de l'immeuble hypothéqué a été transmise à un tiers détenteur, il lui faudra intenter contre celui-ci une action en déclaration d'hypothèque, pour interrompre la prescription, si mieux il n'aime exercer de suite son action hypothécaire, comme il le peut puisque la dette est exigible.

V

Les observations précédentes nous permettent d'indiquer, d'une manière générale, la voie dans laquelle le législateur doit s'engager, s'il veut réformer les règles de notre Code sans en bouleverser les principes. Nos conclusions se rapprochent des idées qui ont inspiré les auteurs du projet de loi déposé par le Gouvernement sur le bureau du Sénat, le 27 octobre 1896.

L'hypothèque ne pouvant être constituée que par le propriétaire, un bon régime hypothécaire doit mettre à la disposition du prêteur un moyen simple, facile et certain d'établir la généalogie de la propriété pour constater le droit actuel du constituant ainsi que le droit des propriétaires antérieurs dont il est l'ayant cause. Seule la publicité, obtenue à l'aide du registre du conservateur des hypothèques, permet d'atteindre ce but. Le Code ne répondait pas à ces exigences, parce qu'il ne soumettait à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothèques. La loi du 23 mars 1855 a réalisé un important progrès en assujettissant à cette formalité tous les actes à titre onéreux translatifs de

propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques. Mais la réforme est incomplète, parce que les actes déclaratifs et les transmissions *mortis causa* de biens susceptibles d'hypothèques sont restés en dehors de la sphère d'action de la loi nouvelle.

L'hypothèque est affectée des mêmes modalités que le droit du constituant, elle est atteinte par les causes de nullité, de rescision ou de résolution qui affectent le titre de celui-ci ou les titres des propriétaires antérieurs. Le Code ne mettait pas le prêteur à l'abri de ces dangers qui demeuraient inconnus, sauf toutefois dans le cas où il s'agissait de la révocation d'une donation d'immeubles pour cause d'ingratitude. La loi du 2 juin 1841 a protégé l'adjudicataire sur expropriation forcée contre l'exercice, par de précédents vendeurs, de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix. La loi du 23 mars 1855, en associant l'action résolutoire de l'art. 1654 et le privilège, en subordonnant l'exercice de la première à la conservation du second, a voulu mettre les tiers en mesure de ne traiter qu'en parfaite connaissance de cause et prévenir les surprises. Mais la jurisprudence a compromis la réforme par les facilités qu'elle accorde pour l'inscription du privilège. Il y aurait lieu de fixer un délai dans lequel il devrait être inscrit sous peine de dégénérer en hypothèque. Il y aurait lieu aussi d'assurer par un procédé analogue la publicité de l'action en révocation d'une donation pour inexécution des charges, ainsi que celle de l'action par laquelle le coéchangiste évincé répète l'immeuble par lui donné en échange, même dans le cas où aucune soulte n'a été stipulée (art. 1704).

La valeur de l'hypothèque dépend des charges établies sur l'immeuble donné en garantie; elle est atteinte par les actes qui, comme les baux de longue durée ou les quittances de loyers ou fermages non échus, sont de nature à diminuer la valeur vénale du bien. Si nous faisons abstraction des privilèges et hypothèques, nous constatons que la législation du Code présentait à cet égard la même lacune et les mêmes dangers qu'en matière de transmission de la propriété. La loi du 23 mars 1855 a remédié à cet état de choses en assujettissant ces actes à la publicité.

En ce qui concerne les hypothèques, l'inscription, à laquelle le Code subordonne leur efficacité à l'égard des tiers, permet aux intéressés d'apprécier la charge qu'elles font peser sur l'immeuble grevé. Cependant il existe des hypothèques légales dispensées d'inscription. Pour se mettre à l'abri des conséquences de leur exercice, le créancier est obligé d'avoir recours à une stipulation introduite par la pratique : les subrogations et renonciations à l'hypothèque légale de la femme mariée. La loi du 23 mars 1855 complétée par la loi du 13 février 1889 a opéré une réforme des plus utiles en soumettant ces conventions à la publicité. A juste titre aussi, le législateur de 1855 a limité la durée de la dispense d'inscription

accordée aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées. Il existe aussi dans notre Code des hypothèques générales; le droit pour le créancier de choisir librement l'immeuble sur le prix duquel il fera porter sa demande en collocation, met le prêteur dans l'impossibilité de se rendre un compte exact de la valeur de la garantie qui lui est offerte. A ces divers points de vue, notre législation appelle une réforme. La publicité et la spécialité de toutes les hypothèques apparaissent comme des conditions essentielles du crédit hypothécaire.

En ce qui concerne les privilèges, le prêteur peut, en agissant avec prudence, sauvegarder ses intérêts d'une manière complète; cependant ils sont exposés à être compromis par la règle spéciale admise par la jurisprudence pour le privilège du vendeur. Une réforme serait nécessaire; elle peut s'opérer sans l'intervention de la loi; car il dépend de la Cour de cassation de la réaliser par une interprétation des textes plus conforme, suivant nous, à la volonté du législateur et aux nécessités de la pratique. Cependant, nous répétons que pour prévenir les fraudes, une loi devrait fixer un délai de rigueur pour l'inscription de ce privilège.

Enfin, les règles du Code sur la conservation des hypothèques répondraient aux exigences du crédit hypothécaire, si toutes les mutations de propriété et constitutions de droits réels, entre vifs ou à cause de mort, à titre particulier ou à titre universel, et si les actes déclaratifs aussi bien que les actes translatifs, étaient assujettis à la publicité soit par une transcription, soit par une inscription détaillée.

DE LOYNES.



L. GUILLOUARD

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Caen
Membre correspondant de l'Institut

La Revision du Régime hypothécaire établi par le Code civil

LA REVISION DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE ÉTABLI PAR LE CODE CIVIL

---

1. Le juste hommage qui doit être rendu, après une expérience d'un siècle, à l'ensemble des dispositions du Code civil, n'exclut ni la constatation de ses imperfections, ni l'indication des changements que le temps y a rendus nécessaires. Les rédacteurs du Code savaient que leur œuvre ne pouvait être immuable, et en ont très bien donné les raisons :

« ... Comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au « cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs? Comment « connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous « révéler?... Les lois, une fois écrites, demeurent telles qu'elles ont été « écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent « toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont « diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant « quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat « nouveau » (1).

Pour remédier à ces imperfections que le temps a mises en relief, ou pour faire les modifications dont la marche des événements entraîne la nécessité, deux voies sont ouvertes : la revision du Code dans son entier, ou des améliorations partielles, limitées à quelques-unes de ses dispositions.

La revision totale a été préconisée, depuis longtemps déjà, par des esprits très distingués, au premier rang desquels se placent MM. Rossi (2) et Batbie (3). En elle-même, cette revision générale nous semblerait opportune; après un siècle écoulé, alors que la jurisprudence et les œuvres des jurisconsultes ont permis de constater sur quels points notre loi civile est incomplète ou imparfaite, une revision générale, soigneusement préparée, ne pourrait produire que de bons résultats.

Mais le moment serait mal choisi pour une œuvre de ce genre, et M. Glasson l'a montré, avec une grande hauteur de vues, dans son étude sur la codification en Europe au XIXe siècle (4) : nous sommes à une

---

(1) *Discours préliminaire sur le projet de la commission*, FENET. I, p. 469.
(2) *Revue Wolowski*, 1837, t. XI, p. 4 et suiv.
(3) *Revue critique*, 1866, p. 125 et suiv.
(4) *Revue politique et parlementaire*, novembre et décembre 1894 et février 1895.

époque où les doctrines les plus destructives de l'ordre social sur le mariage, la famille, la propriété, peuvent se faire jour en recrutant des adhérents, et il y aurait tout à craindre d'ouvrir la discussion sur les problèmes sociaux résolus par le Code civil.

Il faut donc se contenter des revisions partielles de la législation du Code civil, sur les points déterminés où cette revision paraît s'imposer plus impérieusement.

2. Au premier rang de ces réformes désirables se place, à notre avis, la réforme du régime hypothécaire. Dans cette matière, telle qu'elle est organisée par le Code civil, il ne s'agit pas seulement d'apporter des changements dont le temps et l'expérience ont montré l'utilité, il s'agit d'améliorer une loi qui, dès le moment où elle a été promulguée, était mauvaise en elle-même, bien inférieure à la loi du 11 brumaire an VII qu'elle remplaçait, et qui, au commencement du XXe siècle, est dans un état d'infériorité notable par rapport à la plupart des législations étrangères. Ce système hypothécaire, qui a maintenant un siècle d'existence, a fait beaucoup de mal, et MM. Aubry et Rau ont pu justement écrire ce qui suit :

« ... La multiplicité des procès auxquels il a donné lieu, les pertes « incalculables qu'il a fait éprouver aux capitalistes justifient suffisamment « les réclamations dirigées contre cette partie de la législation » (1).

Les critiques contre ce régime sont venues pour ainsi dire immédiatement après la promulgation du Code, car, dès 1812, M. Hua écrivait un volume intitulé : *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire*. Depuis lors, beaucoup d'ouvrages ont été écrits pour provoquer une réforme dans cette partie de nos lois : au milieu du XIXe siècle, une enquête faite auprès des cours de justice et des facultés de droit a abouti à la même conclusion ; autour de nous, tous les peuples ont amélioré leurs lois hypothécaires ; chez nous, depuis quelques années, des commissions composées de jurisconsultes distingués et de praticiens choisis parmi les plus compétents ont été instituées pour étudier cette réforme et demandent unanimement qu'elle ait lieu ; un projet de loi en ce sens a été déposé par le Gouvernement ;... et, sauf quelques modifications partielles dont nous parlerons, rien n'est changé, et nous sommes toujours sous l'empire de la législation hypothécaire de 1804.

Cette situation est d'autant plus grave qu'elle coïncide avec une crise territoriale intense, qui n'est pas particulière à la France, mais qui y sévit avec une grande violence, et s'il y a eu une époque dans l'histoire économique où le crédit foncier ait besoin d'être protégé et facilité, c'est bien l'époque où nous sommes, époque où la location et la vente de la

(1) AUBRY et RAU, I, § 16, p. 39-40.

terre sont d'une extrême difficulté et se font le plus souvent dans des conditions désastreuses.

Il nous a semblé qu'en ce centenaire du Code civil il était opportun de jeter de nouveau un cri d'alarme, et d'attirer une fois de plus l'attention, non pas sur l'utilité d'une réforme de notre régime hypothécaire, tous la reconnaissent, mais sur l'urgence de cette réforme.

3. La tâche des rédacteurs du Code civil, dans la matière des hypothèques, était, il faut le reconnaître, particulièrement difficile, car ils n'avaient pas pour s'éclairer les enseignements du passé, ainsi que nous allons le rappeler dans le bref exposé qui suit.

Le système hypothécaire romain était tout à fait défectueux, et, malgré les timides essais de réforme de la législation impériale, il resta jusqu'à la fin ce qu'il était à l'époque classique, un système étranger aux besoins du crédit, dans lequel le créancier hypothécaire n'était aucunement garanti contre l'éventualité d'hypothèques venant enlever à la sienne tout effet utile (1).

Dans notre ancien droit, l'hypothèque conserva son caractère occulte, et les inconvénients en furent augmentés par l'extension donnée à l'hypothèque générale, que l'on finit par attacher à toute obligation reçue par acte authentique, et ce, au grand détriment des créanciers hypothécaires postérieurs et des acquéreurs. Aussi Loyseau écrivait-il ce qui suit suit dans son traité *Du Déguerpissement* :

« ... Nous voyons avenir tous les jours du trouble aux acquéreurs, à « cause des hypothèques précédentes *dont il se veoit infinité de bonnes « maisons ruinées*, non par mauvais uesuage, mais pour n'avoir pas assez « seurement acheptė... » (2).

Le système du nantissement, dans les provinces du Nord, et, en Bretagne, celui de l'appropriance, avaient apporté un remède à ces dangers, mais c'était là un remède local, et en dehors de ces provinces l'hypothèque restait occulte. L'édit de 1673, émané de l'initiative de Colbert, avait tenté de généraliser la coutume des pays de nantissement, mais cet édit dut être rapporté dès le mois d'avril 1694. Un seul progrès fut réalisé, non pour donner aux hypothèques la publicité sans laquelle il ne peut y avoir de crédit immobilier, mais pour garantir du moins l'acquéreur contre le danger d'éviction résultant des hypothèques occultes : ce fut la procédure de décret volontaire, à laquelle l'édit de juin 1771 substitua celle des lettres de ratification.

4. Dans le droit intermédiaire, le décret du 9 messidor an III, qui a eu le tort de venir à une époque inopportune, au milieu d'une société

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, I, n° 287.
(2) Liv. III, chap. I, n° 19.

violemment troublée et d'une crise économique causée par le bouleversement subi dans les années qui venaient de s'écouler, renfermait cependant d'heureuses innovations, auxquelles il n'est que juste de rendre hommage.

L'art. 3 pose le principe nouveau, et qui ne va plus disparaître de nos lois, de la publicité de l'hypothèque assurée par son inscription sur un registre que tout le monde pourra consulter. Seulement le décret de messidor affaiblit ce principe en décidant que l'hypothèque judiciaire s'étend aux biens à venir, et que l'hypothèque conventionnelle peut elle-même y être étendue ; il porte, en outre, ce qui est un second échec au principe de la publicité, que l'hypothèque inscrite dans le mois de l'obligation ou du jugement rétroagit au jour de cette obligation ou de ce jugement.

Le décret de messidor an III contient une autre innovation, celle de la *cédule hypothécaire* ou hypothèque sur soi-même, présentant de grandes analogies avec le bon foncier, *Grundschuldbrief*, organisé en Prusse par la loi du 5 mai 1872. Tout propriétaire d'un bien susceptible d'hypothèque peut se faire délivrer par le conservateur des hypothèques une cédule hypothécaire sur lui-même, à concurrence des trois quarts de la valeur de ces biens : cette cédule sera transmissible par endossement nominatif à ordre.

Cette création présente un grand inconvénient, l'incertitude de l'évaluation du bien hypothéqué, faite sans autre contradicteur que le conservateur des hypothèques. Il faut, en effet, ou bien laisser le propriétaire libre de fixer comme bon lui semble la valeur de son bien, et s'exposer ainsi à déprécier complètement la cédule hypothécaire, ou rendre le conservateur et l'Etat responsables de l'insuffisance des évaluations, et les deux partis présentent de graves inconvénients. Aussi dirons-nous bientôt que l'idée du bon hypothécaire, qui, à notre avis, doit être reprise, n'est acceptable qu'à la condition que le bon soit délivré au moment où le propriétaire emprunte, contradictoirement avec le prêteur, dont le concours garantira l'exactitude de l'évaluation donnée au bien hypothéqué.

En outre, dans le système du décret de messidor, les transmissions de propriété foncière doivent être rendues publiques par une déclaration au bureau des hypothèques, et cette déclaration arrête le cours des inscriptions du chef de l'aliénateur.

Ce décret, qui, d'après une opinion longtemps accréditée, n'aurait jamais été appliqué, a, au contraire, été exécuté pendant plusieurs années, ainsi qu'il résulte de recherches récentes (1).

---

(1) CHALLAMEL, *Rapport sur le crédit hypothécaire*, *Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre*, fascicule V, p. 319.

5. La loi du 11 brumaire an VII, qui a remplacé le décret de messidor an III et qui a été en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil, proclame, elle aussi, le principe de la publicité des hypothèques et des transmissions de la propriété foncière; mais, tandis que le décret de messidor organise cette double publicité par *feuillet réel*, c'est-à-dire au moyen d'une feuille foncière contenant la désignation de l'immeuble, la déclaration du propriétaire et l'indication des charges qui grèvent le bien, la loi de brumaire an VII l'organise en prenant pour base la personne des propriétaires : c'est sur le propriétaire désigné que le conservateur délivre les états d'inscription ou de transmission de propriété immobilière.

La loi de brumaire an VII supprime la cédule hypothécaire. Elle spécialise l'hypothèque conventionnelle, qui ne pourra désormais porter que sur des biens présents et expressément désignés, et elle restreint l'hypothèque judiciaire aux biens que le débiteur possède lors du jugement de condamnation. Mais elle déroge, sous un double aspect, au principe de la spécialité et par suite de la publicité : les inscriptions d'hypothèques judiciaires et légales sont faites sans qu'il soit besoin de la désignation des biens grevés ; et le chiffre des créances garanties par l'hypothèque légale des mineurs et des interdits n'a pas besoin d'être indiqué dans l'inscription, lorsqu'il s'agit de droits encore indéterminés.

Enfin, la loi de brumaire emprunte aux coutumes de nantissement la disposition qui prescrivait la publicité des mutations de propriété : aux termes de l'article 11, aucun acte translatif de biens susceptibles d'hypothèques n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour où il a été transcrit sur les registres de la conservation des hypothèques de l'arrondissement.

6. Lors de la discussion du Code civil, l'organisation à donner au régime hypothécaire divisa les esprits dans la section de législation du Conseil d'Etat, et le même jour, 12 pluviôse an XII, deux rapports furent faits devant la section, l'un par M. Bigot-Préameneu pour défendre le système de l'ancien droit, l'autre par M. Réal pour demander le maintien des dispositions de la loi du 11 brumaire an VII (1). Après une longue et intéressante discussion au Conseil d'Etat, le principe de la loi du 11 brumaire an VII sur la publicité des hypothèques prévalut, mais avec une grave exception, la dispense d'inscription pour les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Une autre dérogation plus grave encore était apportée au système de la loi de brumaire : la nécessité de la transcription pour rendre les mutations de la propriété immobilière opposables aux tiers était supprimée, alors que, par une inconséquence véritable, les rédacteurs du Code admettaient cette nécessité pour la donation entre vifs de ces biens.

(1) FENET, XV, p. 231 et suiv., et p. 286 et suiv.

7. Ce système si imparfait reçut une première modification dans le Code de procédure. Dans le système du Code civil, où la transcription, comme nous venons de le dire, n'était pas obligatoire, l'aliénation d'un immeuble arrêtait par elle seule le cours des inscriptions sur le précédent propriétaire; les articles 834 et 835 du Code de procédure autorisèrent les créanciers hypothécaires de celui-ci à prendre inscription dans la quinzaine qui suivait la transcription de l'aliénation consentie par leur débiteur : cette faveur accordée aux créanciers hypothécaires était peu logique, mais elle constituait un premier pas vers le retour à la transcription obligatoire de la loi du 11 brumaire an VII.

Les critiques très vives dirigées de toutes parts contre le système du Code déterminèrent le Gouvernement de Juillet à provoquer une enquête sur ce système et sur les moyens de remédier à ses inconvénients. Cette enquête, provoquée le 7 mai 1841 par le garde des sceaux, M. Martin, du Nord, auprès de la Cour de cassation, des Cours d'appel et des Facultés de droit, est tout à fait défavorable au régime hypothécaire du Code. En ce qui concerne la réforme hypothécaire elle-même, une seule Cour, celle de Toulouse, se prononce pour le maintien du *statu quo*; et celles de Bordeaux, Limoges et Rouen repoussent les innovations qui porteraient atteinte aux principes du Code civil : mais tous les autres corps consultés sont nettement partisans d'une réforme plus ou moins complète du régime hypothécaire. Quant aux conditions de transmission de la propriété des immeubles à l'égard des tiers, le maintien des règles du Code, de la transmission de la propriété à l'égard des tiers par le seul effet du contrat, n'a été demandé que par les Cours de Bordeaux et de Toulouse, et la moitié des membres de la Cour de Besançon (1).

Parmi les systèmes indiqués dans cette enquête pour remplacer l'organisation hypothécaire du Code civil, on nous permettra de signaler celui de la Faculté de Caen, qui, en termes excellents, propose l'organisation d'une publicité réelle par le moyen de livres fonciers en concordance avec le cadastre :

« Pour compléter la publicité, il faut appliquer le cadastre et le régime « parcellaire au régime des hypothèques, soit pour les réalisations, soit « pour les inscriptions.

« D'après le Code on inscrit non sur l'immeuble, mais sur la personne : « ni l'hypothèque légale, ni l'hypothèque judiciaire ne sont même « tenues de spécialiser l'immeuble grevé. Les certificats sont délivrés sur « les propriétaires indiqués aux recherches des conservateurs. Souvent « l'on ne connaît pas, ou l'on désigne mal, les précédents propriétaires. « Comment l'adjudicataire sur expropriation retrouvera-t-il la généalogie

(1) *Documents relatifs au régime hypothécaire*, Paris, 1844, 3 vol. in-8.

« exacte de la propriété? Le certificat du conservateur omet donc néces-
« sairement toutes les inscriptions qui grèvent le propriétaire omis ou
« mal indiqué, tandis qu'il comprend les inscriptions qui frappent sur
« les propriétaires, mais ne frappent pas sur l'immeuble dont on veut
« seulement connaître les charges.

« On préviendrait tous ces embarras et tous ces dangers si les inscrip-
« tions étaient prises et les certificats délivrés non sur la personne,
« mais sur l'immeuble.

« Il serait injuste de reprocher aux rédacteurs du Code de n'avoir
« pas songé à ce système. Le cadastre n'avait pas encore divisé le sol
« en parcelles, et trop de difficultés se seraient élevées sur l'identité et
« l'étendue précise de chaque immeuble. Maintenant toute propriété qui
« se distingue des propriétés voisines par le propriétaire, la culture ou
« la clôture, forme une parcelle et occupe un numéro à part dans l'atlas
« cadastral. Plus d'incertitude possible sur l'identité et l'étendue de
« l'immeuble désigné comme parcelle et par son numéro.

« Rien de plus simple que ce mode d'inscription. Un exemplaire de
« l'atlas cadastral sera déposé au bureau de la conservation. Les bor-
« dereaux, soit d'inscription, soit de réalisation, désigneront les
« immeubles aliénés, grevés ou hypothéqués, par la commune, la section
« et le numéro de l'atlas cadastral. Ils seront bien inscrits et portés
« à leur date sur un registre, mais sur un registre à part, et qui ne sera
« que la table des autres; un compte sera ouvert à chaque parcelle; on
« y indiquera, par renvoi, le numéro des inscriptions ou des réalisations
« qui le concerneront. Il suffira donc, pour obtenir un état actuel de
« tous les droits réels qui affectent une parcelle, d'en indiquer le numéro
« au conservateur, et l'on n'aura pas à se préoccuper des noms et pré-
« noms des anciens propriétaires.

« Les renseignements fournis à la Faculté l'ont convaincue que l'exé-
« cution ne rencontrerait aucun obstacle. En quelques minutes, et avec
« les registres qu'il tient pour le département, le directeur des contri-
« butions directes peut indiquer toutes les mutations d'une parcelle » (1).

8. A la suite de l'enquête de 1841, une Commission fut nommée par le garde des sceaux pour préparer un projet de loi sur la réforme hypothécaire, mais la chute du Gouvernement de Juillet empêcha la Commission de continuer son œuvre.

Le 15 juin 1849, une nouvelle Commission était nommée par le Président de la République, et, le 4 avril 1850, le Gouvernement présentait à l'Assemblée nationale un projet de réforme complète du régime hypothécaire. On a appelé ce projet *Projet de Vatimesnil*, du nom de son

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 409-410.

rapporteur à l'Assemblée. Les lignes suivantes, extraites de ce rapport, vont préciser l'économie du projet :

« *Le système du Code civil a été soumis à une expérience de près d'un* « *demi-siècle. Il est maintenant jugé. Il faut en revenir à la publicité* « *complète et absolue.* Pour que le crédit foncier existe d'une manière « réelle, il est indispensable que toutes les charges hypothécaires se « manifestent clairement aux yeux des prêteurs; que ceux-ci puissent « juger, par leurs propres lumières, de la situation de l'emprunteur; « qu'en un mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une « maison ou d'une ferme, il suffise d'effectuer une addition et une sous- « traction ».

Il est triste de voir que plus de cinquante ans se soient écoulés depuis cette constatation officielle et publique des vices de notre régime hypothécaire, et que rien n'ait encore été fait pour l'améliorer, au grand détriment de la fortune publique !

Le projet de Vatimesnil, sans abandonner le système de publicité par nom de propriétaire et non par feuillet foncier, comme l'avait proposé notamment la Faculté de Caen, dans l'enquête de 1841, constituait néanmoins un grand progrès sur le régime du Code civil. Il soumettait toutes les hypothèques au double principe de la publicité et de la spécialité; l'hypothèque, quelle que fût son origine, ne produisait effet que du jour de son inscription, et l'inscription ne pouvait être prise que sur des immeubles présents, spécialement désignés et pour une somme fixe.

Dans le système du projet, la transcription était obligatoire pour rendre les actes de mutation de propriété immobilière opposables aux tiers, mais là s'arrêtait son effet, car l'acquéreur en vertu d'un acte transcrit n'avait que les droits qui appartenaient à son auteur.

Les droits de résolution et de révocation appartenant aux anciens propriétaires n'avaient plus d'effet rétroactif, et ils ne pouvaient être opposés aux tiers qu'à partir du jour où l'action était intentée et publiée par une annotation en marge de la transcription du titre révocable ou résoluble.

Ce projet, discuté et modifié sur certains points par l'Assemblée législative, notamment au point de vue de la publicité de l'hypothèque légale des incapables et de la rétroactivité des actions résolutoires, avait été voté en seconde lecture le 10 mars 1851 et allait devenir une loi, lorsque les événements de décembre 1851 vinrent mettre fin à l'existence de l'Assemblée législative et anéantir son œuvre en matière hypothécaire.

9. Le second Empire reprit le projet de réforme hypothécaire, mais avec beaucoup moins d'ampleur.

Il détacha d'abord de cette réforme l'organisation du *Crédit foncier de France*, société à monopole créée dans le but de faire des prêts rembour-

sables par annuités aux propriétaires du sol. Le Crédit foncier, organisé par le décret du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853, jouit pour ses prêts d'un double avantage qu'il importe de noter : les inscriptions par lui prises sont dispensées du renouvellement décennal, et la purge qu'il a le droit de pratiquer est très simplifiée, et beaucoup moins coûteuse que la purge ordinaire.

Le gouvernement aborda ensuite la question générale de la réforme hypothécaire, mais la loi du 23 mars 1855 qui est issue de cette tentative a une portée bien plus restreinte que le projet de Vatimesnil.

Au point de vue hypothécaire, les hypothèques générales et dispensées d'inscription conservent leur caractère de généralité et demeurent dispensées d'inscription.

En ce qui concerne la transmission de la propriété immobilière, la loi du 23 mars 1855 en revient au principe de la loi du 11 brumaire an VII : les actes translatifs de propriété doivent être transcrits pour être opposables aux tiers, mais l'acquéreur dont le titre est transcrit n'aura pas plus de droits que son auteur.

Enfin, pour les actions résolutoires ou révocatoires, elles continueront de rétroagir au regard des tiers : seulement, en ce qui touche l'action résolutoire du vendeur non payé, elle ne pourra être exercée par celui-ci après la perte de son privilège.

Depuis lors, les lois qui ont apporté des modifications au régime hypothécaire de 1804 ne l'ont fait que sur des points tout à fait spéciaux. Voici la nomenclature de ces lois.

La loi du 12 février 1872 a restreint le privilège du bailleur au cas de faillite du locataire. La loi du 10 décembre 1874, modifiée par celle du 10 juillet 1885, a créé l'hypothèque sur les navires. La loi du 13 février 1889 règle la forme et les effets de la renonciation par la femme à son hypothèque légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque. La loi du 19 février 1889 restreint le privilège du bailleur d'un fonds rural et décide que les indemnités dues par suite d'assurances sont attribuées de plein droit aux créanciers ayant privilège ou hypothèque sur les biens assurés. Enfin, les lois du 30 décembre 1892 et 11 juin 1893 modifient les dispositions du Code civil en ce qui concerne le privilège des frais de dernière maladie, et la quotité des intérêts garantis par l'inscription prise au profit du créancier privilégié ou hypothécaire.

Comme on le voit, il n'y a là que des modifications de détail, d'une gravité plus ou moins grande, apportées au système hypothécaire du Code, mais qui laissent sans y toucher la question de la réforme générale de ce système.

10. Au cours de la session de 1890, on a pu avoir l'espérance qu'une réforme complète du régime hypothécaire, sur la base de la publicité

réelle au moyen du *livre foncier*, allait être enfin accomplie. Le gouvernement a proposé de mettre à l'étude la question de la revision du cadastre, et l'exposé des motifs du budget de 1891 indique le but de cette revision :

« Le cadastre, perpétué à l'aide d'un système permanent de conser-
« vation, ne serait pas seulement un instrument fiscal et administratif;
« il devrait satisfaire à d'autres besoins. Des abornements généraux et
« une triangulation rigoureuse précéderaient le renouvellement des
« opérations : *le cadastre constituerait la base de la propriété foncière; il*
« *assurerait la sécurité des hypothèques et la régularité des transactions*
« *immobilières;* il fournirait enfin à l'agriculture, par le développement
« des institutions de crédit, les moyens d'action qui lui font défaut
« aujourd'hui. En un mot, il deviendrait le grand-livre terrien de la
« France » (1).

C'est, comme on le voit, le programme de la Faculté de Caen lors de l'enquête de 1841.

Le Parlement vota un crédit d'un million pour permettre de faire les études nécessaires à la préparation de cette réforme. Un décret du 30 mai 1891 a institué une commission extraparlementaire du cadastre, composée des personnes les plus autorisées et chargée d'étudier les nombreuses questions que soulève cette réforme, tant au point de vue technique qu'au point de vue juridique, et les travaux de cette commission, publiés par le Ministère des finances, fournissent tous les éléments nécessaires à la préparation de la réforme projetée (2).

A peu près à la même époque, le Congrès international de la propriété foncière nommait une commission pour étudier les modes de transmission de la propriété foncière, et des rapports d'une grande valeur ont été publiés au nom de cette commission en 1892 (3).

Mais... nous sommes en 1904, et il n'apparaît pas que, pratiquement, l'œuvre de la réforme hypothécaire par l'établissement d'un grand-livre terrien ait fait un pas. Il semble même que le gouvernement y ait renoncé, car le projet de réforme hypothécaire présenté par M. le Garde des sceaux Darlan, le 27 octobre 1896, n'est que la reproduction du système

(1) *Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre*, fascicule I, p. 5.

(2) Voir notamment les Rapports de M. Durand-Claye, sur *Les résultats des essais ordonnés par la sous-commission technique* (*op. cit.*, fascicule V, p. 155 et suiv.); de M. Massigli, sur *L'immatriculation* (*op. cit.*, fascicule V, p. 427 et suiv.); de M. Challamel, sur *Le crédit hypothécaire* (*op. cit.*, fascicule V, p. 517 et suiv.).

(3) Piat, *Rapport sur les opérations cadastrales*; Flour de Saint-Genis, *Rapport sur le mode d'organisation des bureaux d'hypothèque*; Dansaert et Brunard, *Rapport sur l'immatriculation des immeubles*; Challamel, *Rapport et projet de loi sur les privilèges et hypothèques*.



général du projet de Vatimesnil, comme le reconnaît d'ailleurs très loyalement l'exposé des motifs du projet de 1896 :

« ... Nous nous sommes particulièrement inspirés des idées émises « dans le rapport fait par M. de Vatimesnil, représentant du peuple, au « nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi présenté « en 1850 par le gouvernement sur les privilèges et hypothèques ».

On est bien loin, comme on le voit, du livre foncier !

11. Nous croyons cependant que l'intérêt du pays exige une réforme complète de notre régime hypothécaire, basée sur la création d'un livre foncier. C'est l'idée que nous avons exprimée en 1896, en écrivant le premier volume de notre traité *Des privilèges et hypothèques*, et la réflexion n'a fait que nous confirmer dans cette idée.

Nous n'avons pas la présomption de vouloir présenter un projet de réforme hypothécaire, mais seulement le désir d'indiquer quelles devraient être, selon nous, les lignes générales de ce projet.

La base de cette réforme doit être, à notre avis, la création d'un livre foncier, le grand-livre terrien de la France, formé à l'aide du cadastre revisé et tenu à jour, établi par feuillets réels correspondant aux parcelles cadastrales, et contenant, en de brèves mentions, toutes les mutations de propriété et l'énumération de toutes les charges de ces parcelles.

Sir Richard Torrens, l'illustre créateur du régime foncier en Australie, a signalé d'une façon saisissante, en des termes qu'on croirait écrits à propos de notre système foncier de France, les inconvénients et les dangers de la législation qu'il a réussi à faire disparaître :

« Tout homme peut vendre un cheval sans l'intermédiaire d'un homme « d'affaires, et même un navire valant 10 et même 30,000 livres sterling; « mais, dès qu'il a affaire à la terre, il ne peut se passer de l'assistance « d'un homme d'affaires, et souvent même la propriété qu'il a payée est « tellement incertaine ou grevée de charges qu'il ne peut pas savoir au « juste s'il a acheté un acre de terre ou un procès ».

En regard de cet état de choses, que l'auteur de ces lignes n'a eu que trop souvent l'occasion de constater en France, voyons avec quelle simplicité fonctionne, dans la pratique, le registre foncier établi par feuillet réel, et ce que devient le rôle de ces intermédiaires dispendieux, sans le concours desquels il est bien difficile de connaître chez nous la situation juridique de la terre sur laquelle on prête ou que l'on achète :

« Je me suis beaucoup occupé d'hypothèque et de crédit foncier, dit « M. de Puttkamer, secrétaire d'Etat d'Alsace-Lorraine, et je puis vous « assurer que *je n'ai jamais vu lever un seul extrait.* Le public a pris « très vite l'habitude de consulter directement les registres : les notaires « également, soit par eux-mêmes, soit par leurs clercs. Il est plus « simple, dans la pratique des affaires, lorsque les parties viennent chez

« le notaire pour passer un acte, d'envoyer un clerc au bureau foncier. « Il met quinze ou vingt minutes pour aller et venir, et prend tout le « temps nécessaire; cela va plus vite. Les extraits qui étaient en usage « autrefois ont entièrement disparu; à leur place, on prend lecture « personnelle des registres » (1).

Un praticien français croit rêver en lisant ces choses, et, quelles que soient les difficultés que rencontre l'établissement d'un livre foncier en France, tout doit être mis en œuvre pour obtenir de pareils résultats, si rapides, si peu coûteux et si sûrs!

12. Le premier obstacle à la création du livre foncier, c'est, hélas! l'hostilité non déguisée de toutes les personnes qui, dans le monde des affaires, vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s'appellent légion.

La chose n'est pas nouvelle; c'est ainsi que, d'après Colbert, échoua l'édit de 1673 par lequel il avait voulu établir la publicité en matière hypothécaire, mais alors l'hostilité émanait du Parlement :

«... Le Parlement, dit-il, n'eut garde de souffrir un si bel établisse- « ment, qui eût coupé la tête à l'hydre des procès, dont il tire toute « sa subsistance » (2).

C'est ainsi qu'a presque complètement échoué en Angleterre le système de publicité établi en 1863 sous l'inspiration du système Torrens :

« Il est malheureusement certain, dit M. Massigli, que l'introduction « du système des livres fonciers en France rencontre des préventions « plus que défavorables parmi ceux que nos propriétaires ont accoutumé « de prendre pour conseils et pour guides dans leurs transactions. Il « en a été de même en Angleterre à l'égard du régime de publicité « établi en 1863, sous l'inspiration du système Torrens, et réorganisé « par le *Land Transfer Act* de lord Cairns en 1875, et c'est parce que « la loi n'a pas reçu un caractère coercitif et a laissé aux *solicitors*, ses « adversaires, une liberté d'action entière, qu'elle est demeurée, pour « ainsi dire, sans application » (3).

La situation est la même en France :

«... Ce progrès considérable, écrit M. Flour de Saint-Genis, soulèvera « de fortes oppositions, des résistances opiniâtres de la part des officiers « ministériels qui vivent du défaut de simplicité de nos lois : il sera « également contrarié par les préjugés, par la routine bureaucratique. « Mais l'opinion le réclame, et ses conséquences sociales et démocra-

(1) Cité par M. CHALLAMEL, *Annuaire de législations étrangères*, 1892, p. 332.

(2) *Testament politique*, chap. XII.

(3) *Rapport sur l'immatriculation*, dans les *Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre*, fascicule V, p. 428.

« tiques seront si efficaces pour l'avenir de notre pays que tout patriote « doit en être l'avocat résolu » (1).

De pareils adversaires sont irréductibles : il n'y a pas à essayer de les convaincre, ils luttent *pro domo*. Mais on doit signaler leur existence et les motifs de leur hostilité à ceux qui veulent se rendre compte, sans parti pris, du mérite de l'innovation proposée et des critiques qu'elle soulève.

13. D'autres adversaires voient de très bonne foi dans la création du livre foncier un moyen de ruine pour les propriétaires du sol :

...« Certes, dit M. Béchaux, la rapide circulation des titres, les facilités « du crédit, la simplicité des opérations commerciales, tout cela est « fort avantageux. Mais la vie civile ne doit pas être assimilée à la vie « commerciale. Si chacun peut avoir un titre représentatif de son « immeuble, et par ce moyen emprunter tout ou partie de la valeur de « l'immeuble, combien abuseront de leur crédit! Le titre foncier repré- « sentera souvent une terre de famille, une usine, une maison de com- « merce; est-il désirable que ces titres circulent comme des lettres de « change, et qu'en cas de non-paiement à l'échéance ces propriétés, qui « sont la garantie de la créance, passent en d'autres mains? Certes, « la mobilisation du sol permettrait à des milliers de propriétaires, « besoigneux ou prodigues, de trouver facilement de l'argent; mais s'il « est vrai que le besoin d'argent a fait naître l'usure, le nouveau système « foncier ne livrerait-il pas aux mains d'accapareurs sans scrupules ou « d'usuriers voraces une part importante de nos propriétés urbaines « ou rurales » (2).

Nous croyons que ces craintes ne sont pas de nature à empêcher la réforme que nous préconisons.

Sous le régime hypothécaire actuel, « la terre de famille, l'usine, la « maison de commerce » peuvent être données en hypothèque, et, si la dette n'est pas remboursée à l'échéance, elles sont vendues et passent en d'autres mains : l'adoption du livre foncier n'y changera rien. D'un autre côté, à partir du moment où le propriétaire du sol s'est obligé hypothécairement, les inconvénients de l'hypothèque pèsent sur son immeuble, et ils seront les mêmes, que la créance reste aux mains du créancier primitif ou qu'elle passe aux mains d'un cessionnaire.

On doit même espérer que la facilité et la sécurité plus grandes données pour la constitution de l'hypothèque, en dirigeant de ce côté les capitalistes, amènera un abaissement dans le taux de l'intérêt du prêt hypothécaire.

(1) *Rapport sur le mode d'organisation des bureaux d'hypothèques*, *Congrès international de la propriété foncière*, 1892, p. 37.

(2) *La vie économique et le mouvement social*, *Correspondant*, 10 mai 1903, p. 584.

14. Une autre objection, très grave, nous le reconnaissons, a été faite contre l'établissement du livre foncier par feuillet réel : c'est le morcellement de la propriété en France, et la difficulté que ce morcellement présente pour l'institution du livre foncier, qui sera, dit-on, demesurément grossi à raison de la multiplicité des parcelles dont il devra présenter l'état civil. De là on signale un double et grave inconvénient : la dépense considérable nécessitée par l'établissement d'un tel livre foncier, et la difficulté de la mise à jour permanente de ce livre qui contiendrait tant de numéros de parcelles cadastrales.

Nous n'avons aucune compétence pour répondre à cette objection, mais elle a été examinée avec soin par les hommes les plus compétents, et leur réponse a été qu'il n'y avait là aucun obstacle insurmontable.

Déjà la Faculté de Caen s'en était préoccupée, lors de l'enquête de 1841, et voici ce qu'elle disait :

«... Les renseignements fournis à la Faculté l'ont convaincue que « l'exécution ne rencontrerait aucun obstacle ».

Observons tout d'abord que le morcellement de la propriété, telle qu'elle figurera au livre foncier, sera infiniment moindre que le morcellement de la propriété d'après le cadastre, car on réunira dans un même numéro au livre foncier toutes les parcelles cadastrales appartenant à un même propriétaire formant un ensemble, un domaine, une ferme, une forêt.

En 1892, lors du congrès international de la propriété, une Commission a été nommée pour examiner le côté technique de la création du livre foncier, et son rapporteur, M. Piat, chef du service topographique de Tunisie, indique avec une grande précision comment le livre foncier peut être établi en cette forme, ainsi que le coût de son établissement, et voici sa conclusion :

«... En résumé, l'établissement du livre foncier, sous le régime de l'obligation, est une opération importante, mais *sans difficulté insurmontable* » (1).

De son côté, M. Flour de Saint-Genis, dans le *Rapport* que nous avons déjà cité, montre avec beaucoup de clarté comment doit être tenu le livre foncier et comment il peut être maintenu à jour.

MM. Dansaërt et Brunard, rapporteurs dans le même congrès sur la question de *l'immatriculation des immeubles*, disent ce qui suit :

«... Nous croyons que c'est à tort qu'on se laisserait impressionner « par la crainte de grossir démesurément les livres fonciers, si leurs « feuillets étaient réels. Le nombre des immeubles à immatriculer dans « chaque circonscription territoriale n'est pas si considérable qu'au pre-

(1) *Rapport sur les opérations cadastrales*, p. 21.

« mier abord il paraît devoir l'être. Il faut, bien entendu, ne pas créer « des circonscriptions territoriales trop importantes.

« En tout cas, la difficulté qu'il peut y avoir à accomplir une formalité « utile à l'intérêt public ne saurait dispenser de la décréter... » (1).

La Commission extraparlementaire du cadastre est arrivée à la même conclusion, et, appuyé sur de telles autorités, nous pouvons dire que le morcellement de la propriété en France n'est pas un obstacle insurmontable à l'établissement et à la tenue du livre foncier par feuillet réel.

15. L'immatriculation au livre foncier du sol de la France doit, à notre avis, être générale et obligatoire, de manière que tout le sol figure au livre foncier comme il figure au cadastre, à la différence de ce qui se passe en Australie et en Tunisie, où l'immatriculation se pratique d'une façon isolée et facultative.

Nous en donnerons deux raisons.

En premier lieu, cette solution se recommande par un motif impérieux d'économie. D'après MM. Dansaërt et Brunard, la dépense approximative de l'immatriculation générale du sol de la France s'élèverait à 550.000.000 de francs, tandis que, si on procède par voie d'immatriculations isolées, elle s'élèverait à « *deux ou trois milliards* » : or, si l'on peut, par les procédés indiqués par MM. Dansaërt et Brunard, se procurer les cinq à six cent millions nécessaires pour l'immatriculation générale, il semble bien impossible qu'on puisse jamais demander à la France deux ou trois milliards pour arriver à l'immatriculation isolée.

En second lieu, si on laisse à chaque propriétaire la faculté de faire procéder à l'immatriculation quand bon lui semblera, ce sera vainement qu'on aura créé le livre foncier : l'accoutumance au régime actuel est trop invétérée, les intermédiaires intéressés au maintien de ce régime trop nombreux, et le coût de l'immatriculation isolée trop élevé pour qu'il soit permis d'espérer que beaucoup y auront recours. Il arrivera en France, et à plus forte raison, ce qui s'est passé en Tunisie, où la loi du 1er juillet 1885 a créé l'immatriculation facultative :

« Depuis la mise en vigueur de la loi de 1885 jusqu'au 31 janvier 1890, « dit M. Besson, on a requis l'immatriculation de 119 propriétés, d'une « superficie de 57,675 hectares, d'une valeur déclarée de 6,448,223 « piastres. Pendant la même période, il n'a été effectué que 57 immatri- « culations, affectant une surface totale de 27,702 hectares, et une valeur « vénale de 4.138.291 piastres » (2).

Des résultats aussi peu importants, dans un pays qui, cependant, n'a

(1) *Rapport sur l'immatriculation des immeubles*, p. 17.
(2) *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 390.

pas à lutter contre les traditions d'un régime foncier séculaire, montrent ce qu'il faut penser de l'immatriculation facultative.

16. Beaucoup d'autres questions, se rattachant à la tenue du livre foncier et aux effets de l'immatriculation, devront être examinées et résolues dans la loi qui créera ce livre : les limites de cette étude ne nous permettent pas de les examiner, et nous devons nous borner à signaler les plus importantes.

Le titre créé par l'immatriculation est-il nécessaire seulement au regard des tiers, ou doit-on l'exiger pour le transfert de la propriété même entre les parties contractantes, contrairement à ce qui a lieu en France pour la transcription sous le régime de la loi du 23 mars 1855?

L'immatriculation une fois opérée est-elle irrévocable, ou peut-on, si elle a été obtenue par fraude, la faire annuler, sous la réserve des droits acquis à des tiers de bonne foi?

Faut-il que le titre produit pour obtenir l'immatriculation soit un titre authentique, ou suffit-il d'un titre sous signatures privées?

Doit-on soumettre à l'immatriculation non seulement les actes translatifs de propriété, mais aussi les actes déclaratifs, comme les partages? Doit-il en être de même des mutations par décès?

Sur ces diverses questions, la tâche du législateur est toute préparée, d'abord par les nombreuses et remarquables études parues depuis une quinzaine d'années sur la réforme hypothécaire, puis par l'exemple de ce qui s'est fait dans les divers pays où le livre foncier a été adopté.

17. Le régime nouveau devra proclamer la suppression des hypothèques occultes et des hypothèques générales : ce n'est qu'à cette condition que la réforme que nous préconisons peut produire de bons résultats pour le crédit foncier.

Tout d'abord, l'hypothèque judiciaire doit être supprimée, et nous croyons qu'au jour où sa suppression sera discutée, elle ne trouvera pas de défenseur. M. Valette la caractérisait très bien, dans le discours qu'il prononçait à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1850 :

« ... Ce droit n'est pas un de ceux qui méritent le respect public,
« comme dépendant de la puissance des personnes sur leurs biens, de la
« transmission qu'elles veulent en faire sous certaines conditions; il ne
« se rattache pas non plus à une idée de justice; mais il n'est que le
« résultat, en quelque sorte factice, d'un système ancien qui a péri en
« très grande partie, dont il ne reste plus aujourd'hui que des débris,
« système sans lequel, nous ne craignons pas de le dire, jamais on
« n'aurait eu la pensée d'établir législativement l'hypothèque dont il
« s'agit » (1).

(1) *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, I, p. 553-554.

L'unique question sera, croyons-nous, de savoir si on remplacera cette hypothèque par d'autres garanties, et, dans le cas de l'affirmative, à quels moyens on aura recours, soit à la spécialisation de l'hypothèque sur certains immeubles déterminés par le juge, soit à une organisation de la déconfiture analogue à celle de la faillite, soit, ce qui nous paraîtrait préférable, à un système d'*opposition* ou de *prénotation* empêchant que le débiteur dispose de ses immeubles au préjudice du créancier qui le poursuit (1).

18. L'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits devra être soumise à l'inscription, et déterminée quant au chiffre de la créance et quant aux biens qu'elle grève. Le rapport de la Faculté de Paris dans l'enquête de 1841, rapport dont l'auteur était M. Valette, doit être lu en entier et médité avec soin, car il fait d'une façon victorieuse, en des termes qui n'ont pas vieilli, la critique du régime actuel de ces hypothèques. Nous citerons les lignes suivantes, qui en résument les idées générales :

« ... Tout le monde convient que la clandestinité de ces hypothèques « offre de très graves inconvénients pour les autres créanciers hypothé- « caires, auxquels le véritable crédit immobilier de leur débiteur ne « peut jamais être parfaitement connu. Ces créanciers peuvent souvent « ignorer que le propriétaire d'immeubles avec lequel ils traitent est, ou « a été, mari ou tuteur. Ils peuvent surtout ignorer la quotité des droits « pour lesquels la femme, le mineur ou l'interdit ont une hypothèque ».

M. Valette montre ensuite que cette hypothèque, si nuisible au crédit, n'a pas atteint dans la pratique le but que le législateur se proposait, au moins en ce qui concerne la garantie des intérêts des femmes mariées : en effet, à moins que celles-ci ne soient mariées sous le régime dotal, les créanciers qui traitent avec le mari ne manquent jamais d'exiger soit le concours de la femme comme obligée solidaire, soit du moins la renonciation ou la subrogation à son hypothèque légale. Pour les mineurs, comme ils sont incapables de s'obliger, ils ne peuvent sacrifier leur droit hypothécaire avec la même facilité que la femme ; mais il arrive souvent que leur inscription n'est pas prise dans les deux mois qui suivent la vente des biens du tuteur.

M. Valette ajoute :

« ... Il faut remarquer aussi que la loi, par une bizarre négligence, ne « donne aucune sûreté aux femmes mariées, aux mineurs et aux interdits « dont les maris ou les tuteurs n'ont qu'une fortune mobilière. Aucune « précaution n'est prise ici pour garantir les restitutions à faire par les

---

(1) Voir sur ces divers points, VALETTE, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de doctrine*, I, p. 367-368 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *L'hypothèque judiciaire*, p. 259 et suiv. ; CHALLAMEL, *L'hypothèque judiciaire*, p. 229 et suiv.

« débiteurs; aucun placement n'est judiciairement exigé (1), aucune « caution n'est demandée. Il semble que l'hypothèque générale, véritable « panacée universelle, dispense de tout autre remède, de tout autre « moyen de précaution. Ainsi le débiteur a-t-il des immeubles, le gage du « créancier sera complet, exagéré même, peu importe; au contraire, « n'a-t-il pas d'immeubles, le créancier n'a plus de sûreté; la loi ne songe « plus à lui. Ce système absolu, inflexible, imprévoyant, appelle, selon « nous, une sérieuse réforme. Il faudrait avoir des règles beaucoup plus « flexibles, faire une large part en cette matière à l'appréciation des « magistrats, donner enfin aux personnes qu'on veut protéger des « garanties variées comme les circonstances mêmes et d'autant plus « certaines qu'elles seraient mieux appropriées à l'exigence du cas. Il « serait possible de concilier ainsi la spécialité et la publicité des hypo- « thèques légales avec la sécurité complète des femmes, des mineurs et « des interdits » (2).

Ainsi spécialisation de ces hypothèques légales par la fixation du chiffre de la créance et la détermination des biens grevés, et leur publicité par l'inscription; et peut-être, suivant le désir de M. Valette, des garanties à déterminer, caution, dépôt de valeurs en garantie, etc., contre les maris et les tuteurs qui n'ont pas d'immeubles, voilà les réformes qu'appelle cette partie de notre régime hypothécaire.

19. Les privilèges généraux, frais funéraires, frais de dernière maladie, salaires des gens de service, fournitures de subsistances, créance de la victime d'un accident de travail, devront être supprimés, en tant qu'ils portent sur les immeubles, et conservés seulement sur les meubles. M. Bufnoir a donné, d'une manière excellente, les motifs de cette suppression, au cours des travaux de la sous-commission juridique nommée par la commission extraparlementaire du cadastre :

« Le crédit hypothécaire peut-il s'accommoder d'un système dans lequel « un créancier, qui a cru recevoir une hypothèque sur un immeuble « absolument net de charges, est exposé à voir surgir, au moment du « recouvrement de ce qui lui est dû, des privilèges dont chacun en « particulier ne garantit qu'une créance peu élevée, mais dont l'ensemble « pourrait monter assez haut? Il y a des immeubles dont le prix n'est « pas très considérable et qui sont frappés d'hypothèque pour une créance « également minime; dans ce cas le gage pourrait disparaître par suite « de la préférence accordée aux privilèges généraux. Il ne faut pas oublier « qu'il s'agit en ce moment de créer le crédit hypothécaire, d'en assurer

(1) La loi du 27 février 1880 a donné satisfaction à cette partie des justes critiques de M. Valette, du moins en ce qui concerne les mineurs et les interdits.

(2) VALETTE, *op. cit.*, II, p. 250, et *Documents relatifs au régime hypothécaire*, II, p. 444 et suiv.



« la sauvegarde. Dans notre ancien droit, conformément au droit romain, « on décidait que les privilèges généraux n'étaient opposables qu'aux « créanciers chirographaires. Le contraire n'existe qu'en vertu d'une « législation relativement récente. Le législateur de l'an VII, si soucieux « cependant d'asseoir sur des bases solides le crédit hypothécaire, avait « admis la possibilité de ces privilèges généraux et occultes, s'exerçant à « l'encontre des créanciers hypothécaires et des acquéreurs. Mais les « exigences du crédit hypothécaire se sont accrues depuis cette époque, « et l'on ne saurait nier que l'existence de ces privilèges est une entrave « à son développement » (1).

Une exception doit être faite toutefois pour les frais de justice, qu'il convient de déclarer privilégiés en dehors de toute inscription à l'encontre des créanciers hypothécaires : il y en a une raison décisive, c'est qu'ils sont utiles à ces créanciers, puisqu'ils ont pour but d'amener la réalisation de leur gage et la distribution des deniers qui en proviennent. Mais ce privilège devra être restreint, à raison même des motifs sur lesquels il repose, aux frais qui ont été utiles aux créanciers hypothécaires.

20. Les privilèges du vendeur et du copartageant, qui devront probablement être complétés par la création d'un privilège établi au profit du donateur pour les charges imposées à la donation, seront, eux aussi, soumis à la règle de la publicité au moyen d'une inscription prise par le vendeur ou le copartageant lors de l'immatriculation de son titre. Si le vendeur ou le copartageant prend inscription à ce moment, son droit primera tous ceux qui auraient été concédés par le nouveau propriétaire, tandis que, si l'inscription n'est requise que plus tard, elle ne vaudra qu'à sa date et comme inscription d'hypothèque.

Ajoutons que, s'il s'agit de l'inscription prise par un copartageant, le caractère privilégié du droit de celui-ci le fera passer avant les créanciers auxquels le nouveau propriétaire aurait consenti une hypothèque pendant la durée de l'indivision : ces créanciers ne pourront se plaindre de cet effet du privilège du copartageant, car, n'ayant acquis de droits que sur un immeuble indivis, ils savaient qu'ils pourraient être primés par les droits du copropriétaire, pour le paiement de la soulte ou pour l'éviction. D'un autre côté, cette rétroactivité est nécessaire pour sauvegarder les droits du copartageant, auquel on ne peut rien reprocher, puisqu'il a pris inscription au moment de l'acte qui fixe ses droits.

21. Il nous semble que, dans cette revision du régime hypothécaire que nous sollicitons, on devra faire disparaître l'obligation du renouvellement décennal des inscriptions.

---

(1) *Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre*, fascicule I, p. 220.

Lors de la rédaction du Code civil, la section de législation proposa de maintenir l'effet de l'inscription pendant toute la durée de l'action personnelle, si l'immeuble est encore aux mains du débiteur, ou de l'action hypothécaire, s'il est passé aux mains d'un tiers détenteur. Voici quels étaient les termes de l'article 63 de son projet :

« Les inscriptions conservent les privilèges et hypothèques, à compter « du jour de leur date, pendant tout le temps que durent l'obligation et « l'action personnelle contre le débiteur, ou pendant tout celui que dure « l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, quand le bien chargé « d'hypothèque est dans ses mains » (1).

Lorsque ce texte fut discuté au Conseil d'Etat, on reconnut que la règle qu'il posait était logique :

«... L'idée de la section, disait Cambacérès, est bonne en soi. Pourquoi « exiger que des formalités régulièrement remplies soient renouve- « lées...» (2).

Mais on se préoccupa de la difficulté de la tâche du conservateur, obligé de remonter très loin dans l'examen de ses registres pour voir s'il n'existe pas une inscription ancienne grevant encore l'immeuble, et de la responsabilité que ces recherches peuvent faire peser sur lui; et l'obligation du renouvellement décennal, créée par la loi du 9 messidor an III, fut maintenue dans le texte définitif de l'article 2154.

L'expérience faite depuis lors de ce système a permis de reconnaître que le rôle du conservateur était aussi difficile, sinon plus, avec le système du renouvellement décennal, car le nombre d'inscriptions primitives et renouvelées augmente beaucoup les chances d'erreur ou d'omission dans les recherches du conservateur. Aussi, dans le projet de loi présenté à l'Assemblée législative en 1850 par le Gouvernement, la nécessité du renouvellement décennal était-elle supprimée, et l'exposé des motifs justifiait ainsi cette suppression :

«... Les formalités du renouvellement décennal, qu'on avait exigé « surtout dans l'intérêt des conservateurs, rendent au contraire leur « tâche plus pénible, augmentent les frais sans aucun avantage et créent « sans utilité de nombreuses chances d'erreur ».

Si nous ajoutons que l'article 47 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier déclare les inscriptions prises au nom de ces sociétés dispensées du renouvellement décennal et que cette dispense, qui est en vigueur depuis un demi-siècle, n'a pas soulevé de critiques, nous aurons justifié le retour que nous demandons au projet de la section de législation du Conseil d'Etat en 1804.

(1) FENET, XV, p. 340.
(2) FENET, XV, p. 382.



22. Il serait important, à notre avis, de compléter la publicité qui formera la base du nouveau régime hypothécaire en y introduisant le système de la *prénotation*, *Vormerkung*, de la législation allemande, et des *Anotaciones préventivas* de la législation espagnole. Dans ce système, toutes les fois qu'un droit peut exister sur un immeuble, mais qu'il est impossible de le faire figurer définitivement au livre foncier à raison de son caractère conditionnel, provisoire ou indéterminé, celui qui prétend exercer ce droit fait mentionner provisoirement sa prétention au livre foncier; et, s'il réussit définitivement à faire consacrer son droit, l'inscription définitive au livre foncier rétroagira au jour de l'inscription provisoire, qui a suffi pour avertir les tiers.

C'est par ce moyen que l'on pourra connaître l'existence des actions résolutoires ou révocatoires qui, sous le régime actuel, permettent d'évincer l'acquéreur d'un immeuble ou d'anéantir les droits du créancier hypothécaire, sans que rien ait pu les prévenir du danger qui les menaçait. Déjà une amélioration a été apportée au régime du Code civil par l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, qui décide que l'action résolutoire du vendeur ne peut être exercée après l'extinction du privilège appartenant à celui-ci; mais, pour les autres actions révocatoires ou résolutoires, elles ne sont soumises à aucune publicité directe ou indirecte, notamment l'action en révocation de la donation ou du legs pour inexécution des conditions, et leur existence constitue un grave danger pour les créanciers hypothécaires ou les acquéreurs.

Le décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier avait un instant essayé, pour ces sociétés, de remédier partiellement à cet inconvénient en organisant, dans l'article 24, une purge spéciale contre les actions résolutoires ou rescisoires; mais le système des prénotations sauvegarde beaucoup mieux les divers intérêts en jeu que ne le ferait l'extension de cette purge à tous les créanciers hypothécaires et aux acquéreurs d'immeubles.

23. L'obligation hypothécaire créée dans le régime nouveau pourra-t-elle être revêtue, lors de sa création, de la clause à ordre ou au porteur, et se transmettre ensuite par voie d'endossement ou de remise du titre?

A notre avis, l'on doit répondre affirmativement.

M. Bufnoir, sous le nom duquel nous sommes toujours heureux d'abriter les idées que nous exprimons, car peu de jurisconsultes ont réuni à un degré aussi éminent la science du droit et la connaissance des nécessités de la pratique, disait très bien, dans une des séances de la sous-commission juridique de la commission du cadastre, qu'il importait de favoriser le crédit hypothécaire, et que pour cela l'un des meilleurs moyens était de faciliter au créancier hypothécaire la cession, et au

besoin la cession fractionnée de sa créance (1). D'ailleurs, comme nous venons de le dire en répondant aux objections de M. Béchaux, cette facilité donnée pour la cession de la créance hypothécaire, avantageuse au créancier, nous paraît sans inconvénient pour le débiteur, car, une fois l'obligation hypothécaire créée, peu importe qu'elle soit aux mains de Pierre ou aux mains de Paul.

24. Nous croyons toutefois qu'il faut s'arrêter là dans l'organisation de l'obligation hypothécaire, et qu'il serait dangereux d'autoriser la création de bons hypothécaires sur soi-même, suivant la conception du décret du 9 messidor an III.

Le Congrès de la propriété foncière, dont nous avons parlé plus haut, s'est prononcé en faveur de la création du bon hypothécaire sur soi-même, en entourant cette création de garanties et en essayant de faire concorder exactement le bon avec l'immeuble qui forme le gage de la créance. Son rapporteur, M. Challamel, dont la haute compétence explique le choix qui a été fait de lui comme rapporteur d'abord par le Congrès de la propriété foncière, puis par la sous-commission juridique de la commission du cadastre, justifie dans les termes suivants cette résolution :

« ... Peut-on soutenir du moins que la propriété immobilière deviendrait chancelante? Qu'elle aurait à souffrir d'un excès de mobilité? Les « cédules hypothécaires du décret du 9 messidor an III pouvaient mériter « ce reproche, car elles constituaient de véritables assignats : rien ne « les rattachait d'une manière satisfaisante au débiteur qui les avait « émises, non plus qu'à l'immeuble dont elles étaient la monnaie bizarre. « Mais dans le système rigoureusement coordonné que nous présentons « aujourd'hui, quel danger réel pourrait-on redouter? Ce qu'il faut « demander à un bon régime hypothécaire, c'est une concordance exacte « entre le titre du créancier et l'immeuble qui forme le gage de sa créance, « c'est la sécurité qui résulte pour les tiers d'une publicité absolue. Or, « les cédules hypothécaires telles que nous les concevons se subordonnent « de la façon la plus rigoureuse à cette théorie » (2).

L'opinion contraire a prévalu, à bon droit selon nous, au sein de la sous-commission juridique de la commission du cadastre, et M. Bufnoir, dans la séance du 22 février 1894 (3), M. Challamel, dans son rapport (4), ont donné des raisons qui nous semblent décisives et que l'on peut résumer ainsi.

---

(1) *Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre*, fascicule V, p. 512.

(2) *Rapport à la commission permanente du Congrès de la propriété foncière*, p. 25.

(3) *Procès-verbaux de la commission extraparlementaire du cadastre*, fascicule V, p. 514.

(4) *Op. cit.*, fascicule V, p. 531.

La création d'un bon hypothécaire sur lui-même par le propriétaire du sol, avant tout emprunt de sa part, ne hâte en rien la possibilité pour lui de se procurer de l'argent, car, lorsqu'il voudra négocier ce bon, le capitaliste prudent, auquel il s'adressera, voudra vérifier la valeur du gage avec les mêmes précautions que s'il s'agissait de constituer une hypothèque : donc pas d'économie de temps.

D'un autre côté, comment, et par qui faire faire l'expertise qui fixera, lors de la délivrance du bon, la valeur donnée au gage? Et si la réalisation n'atteint pas le chiffre indiqué à l'expertise, qui sera responsable du dommage causé par l'appréciation qui s'est trouvée exagérée de la valeur de l'immeuble? A l'inverse, si on ne fait pas faire d'expertise, n'est-il pas à craindre que le propriétaire, laissé libre de fixer lui-même la valeur du gage, ne l'exagère outre mesure, de telle sorte que des terrains de nulle valeur seraient cotés à des prix extravagants, et de pareils titres jetteraient le discrédit sur les titres les plus sérieux et les plus sûrs?

Enfin, si l'on veut établir un marché sérieux et vraiment utile pour les titres hypothécaires, il ne faut pas en créer de deux sortes, l'un présentant toutes garanties, parce qu'il est établi contradictoirement entre le prêteur et l'emprunteur, l'autre créé sans garanties, ou avec des garanties insuffisantes : l'un déprécierait l'autre.

25. Cette organisation du régime hypothécaire devrait être complétée par une première réforme dont l'utilité ne nous paraît guère contestable, et peut-être par une seconde, sur laquelle tout au moins il convient d'appeler l'attention.

La première réforme, qui nous paraît s'imposer, est la simplification de la procédure de la saisie immobilière. M. Batbie exposait à ce propos, en 1866, des idées dont l'expérience permet chaque jour de constater l'exactitude :

« ... Une des causes qui ont le plus contribué à retarder le progrès du « crédit rural tient aux formalités compliquées de la saisie immobilière ; « le créancier qui veut être payé est obligé de passer par des formalités « tellement nombreuses qu'il fuit les placements hypothécaires et se « reporte sur les valeurs de Bourse. Cet inconvénient s'ajoute au manque « d'exactitude pour le paiement des intérêts, de sorte que tout concourt « à éloigner le numéraire de l'agriculture; aussi, lorsque le Crédit foncier « a été fondé, un décret a-t-il créé des formalités plus simples pour les « expropriations poursuivies à la requête de la Compagnie. Pourquoi ne « généraliserait-on pas les dispositions qui ont été faites en faveur du « Crédit foncier? Pourquoi conserverait-on à ces dispositions le caractère « restreint et privilégié qu'elles ont reçu en naissant? Il me paraît difficile « qu'elles ne soient pas bonnes en soi, puisque la loi les a jugées suffi- « samment protectrices pour des saisies importantes. A moins qu'on ne

« se laisse toucher par l'intérêt privé des agents de la saisie, je ne vois « pas pour quelle raison on refuserait de faire le droit commun de ce qui « n'est aujourd'hui que l'exception » (1).

26. La seconde réforme, qu'il y a *peut-être* lieu d'ajouter à l'organisation nouvelle, est la suppression de la clause de *voie parée*, c'est-à-dire la permission qui serait désormais donnée au débiteur et au créancier de convenir, dans l'acte de prêt, que l'immeuble serait vendu à l'échéance de la dette sans qu'il y ait besoin de suivre les formalités de la saisie immobilière.

C'est là une des réformes que réclamait M. Batbie, dans son étude sur la revision de notre loi civile (2). Il fait remarquer que l'interdiction de la clause de voie parée n'a été introduite dans ces lois qu'en 1842, et que, jusque-là, on a vécu sans inconvénient sous un régime laissant toute liberté au débiteur et au créancier quant au mode de la vente des immeubles hypothéqués. Il ajoute qu'au moment où le prêt a été fait les parties étaient libres de vendre, comme bon leur semblait, l'immeuble qui a été donné en gage, et il n'y a aucune raison pour leur interdire la détermination des formes qui seront suivies dans une vente postérieure.

Cette question est grave, et nous n'avons pas la prétention de la traiter en quelques lignes, ni d'affirmer que cette réforme, combattue par d'excellents esprits et qui mérite un examen sérieux, s'impose au même titre que la simplification des formes de la saisie. Mais elle doit, par sa gravité, provoquer l'étude du législateur, lorsqu'on revisera le régime hypothécaire actuel.

27. Il se passera, sans doute, bien du temps encore, nous ne nous illusionnons pas, avant que le livre foncier soit établi en France, et cela pour plusieurs raisons : le Parlement a d'autres préoccupations que la réforme de nos lois civiles; l'établissement du livre foncier coûtera beaucoup, quel que soit le système que l'on adopte ; et enfin sa création soulève de nombreuses hostilités, avec lesquelles il faut compter lorsqu'il s'agit d'une réforme de cette importance, à laquelle les esprits ne sont pas encore préparés.

Aussi croyons-nous qu'il serait utile, en attendant la création du livre foncier et tout en la préparant par la revision du cadastre, de faire ce que les Allemands ont fait en Alsace-Lorraine en 1889, une loi transitoire destinée à faire entrer dans les mœurs les principes de publicité et de spécialité qui doivent être la base du régime foncier :

« ... La loi projetée, disait le rapporteur des Délégations d'Alsace-« Lorraine lors de la discussion de la loi de 1889, a pour but d'éclairer,

(1) *Op. cit.*, *Revue critique*, 1866, p. 158.
(2) *Op. et loc. cit.*, p. 158-159.

« dans la mesure du possible, la situation actuelle de la propriété foncière « et de faciliter plus tard l'introduction du livre foncier » (1).

Cette loi transitoire devrait porter notamment sur la publicité et la spécialité de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, la spécialité de l'hypothèque judiciaire, l'introduction dans nos lois du système des prénotations, etc., en un mot sur les diverses réformes partielles qui, tout en étant conciliables avec l'organisation du régime hypothécaire actuel, habitueraient peu à peu à ce régime de la publicité complète que le livre foncier peut seul donner.

28. Puissent les lignes qui précèdent provoquer l'attention des personnes autorisées, hommes politiques, publicistes, qui, en ce centenaire du Code civil, vont réfléchir à l'œuvre du législateur de 1804 et se demander de quelles améliorations elle est susceptible.

Nous les prions instamment, avant de se former une opinion, d'étudier sur ce point la législation comparée, dont les bornes de cet article ne nous ont pas permis de parler (2) : ils verront que notre législation hypothécaire est, au commencement du XXe siècle, une des plus mauvaises du monde, et, alors que de toutes parts on s'est préoccupé d'améliorer cette partie si importante des lois civiles, la France en est restée au régime hypothécaire de 1804, au grand détriment des intérêts économiques de notre pays. *Caveant consules!*

---

(1) Cité par M. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 226.

(2) Voir, sur la législation comparée en matière hypothécaire, Besson, *Des livres fonciers et du régime hypothécaire*, Paris, 1891, et notre *Traité des privilèges et hypothèques*, n°s 56-107.

L. Guillouard.

Albert WAHL
Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lille

Les Variations de la Jurisprudence

sur les

différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage

(C. civ., art. 883)

LES VARIATIONS DE LA JURISPRUDENCE

SUR LES

DIFFÉRENTES QUESTIONS RELATIVES A L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

(C. civ., art. 883)

---

1. Parmi les problèmes fondamentaux auxquels a donné lieu l'interprétation du Code civil, il en est peu qu'on ne doive pas considérer comme étant définitivement résolus en pratique. Nés aussitôt après la promulgation du Code, — souvent même auparavant, — ces problèmes ont provoqué des arrêts qui immédiatement, ou au bout d'un certain temps, ont fait jurisprudence. Si la Cour de cassation a dû, devant les inconvénients de certaines des solutions qu'elle adoptait, ou devant les progrès des mœurs, changer quelquefois de jurisprudence, elle a, sur la plupart des points, fait depuis longtemps sa dernière évolution. Les difficultés fort nombreuses qui restent debout se rattachent soit à des questions de détail, soit à des questions nouvelles, soit à l'interprétation de textes postérieurs au Code.

Ce que présentent de très particulier les problèmes relatifs à l'effet déclaratif du partage, c'est que, posés pour la première fois plusieurs siècles avant le Code civil, tranchés d'une manière qu'on aurait pu croire irrévocable par les Parlements, ils ont cependant, en face d'un texte qui prétendait condenser l'expression de l'ancienne jurisprudence, — l'art. 883 du Code civil, — été agités de nouveau dès la promulgation du Code, suscité des conflits extrêmement vifs dans la doctrine et dans la jurisprudence, et provoqué des changements ininterrompus dans les directions suivies par cette dernière.

Ce qu'ils présentent également de fort remarquable, c'est que, malgré les occasions presque quotidiennes qu'ont eues la Cour de cassation et les tribunaux de statuer sur ces problèmes, malgré leur caractère fondamental, malgré les troubles que les incertitudes de la jurisprudence apportaient aux relations sociales, les luttes et les revirements se sont perpétués jusqu'aujourd'hui, et que, sur les questions les plus importantes aux deux points de vue théorique et pratique, l'évolution définitive n'est pas achevée.

Ce qui enfin doit valoir à ces problèmes, dans les préoccupations des jurisconsultes, une place à part, c'est que, pour les plus graves d'entre eux, la jurisprudence tant actuelle qu'antérieure de la Cour de cassation est très loin de présenter un sens incontesté, qu'elle a donné lieu, soit auprès des auteurs, soit auprès des magistrats de la Cour de la cassation, soit peut-être jusqu'auprès de la Cour de cassation, à des interprétations très divergentes, et qu'on relève, dans la jurisprudence des Cours d'appel et des tribunaux, également désireux cependant de suivre celle de la Cour de cassation, des décisions souvent opposées, d'une manière absolue, les unes aux autres.

Il était naturel, au surplus, qu'un texte aussi imprécis que l'art. 883 C. civ., aussi propre à se concilier avec les doctrines les plus contradictoires, donnât lieu à des interprétations variées ; que la disparition des motifs auxquels était due, dans l'ancien droit, l'introduction de l'effet déclaratif, et la justification de ce principe par des raisons pratiques nouvelles amenassent des solutions contraires, sur divers points, à celles des anciens Parlements; que, suivant les espèces ou les époques, ou suivant les tendances des magistrats, le conflit des intérêts privés fît apparaître, comme désirable, tantôt telle solution et tantôt telle autre. Ces vagues explications nous permettront d'en faire attendre d'autres, plus spéciales à chacune des grandes questions de la matière. Il est, en tout cas, intéressant de montrer à quel rôle la jurisprudence s'est adonnée en cette matière, quelles ont été, aux diverses périodes, la signification ou les tendances de cette jurisprudence, quelle est sa signification actuelle, dans quel sens elle se prononcera vraisemblablement demain, et quelles sont les raisons de toutes les variations qui doivent y être signalées.

2. C'est ce que nous allons entreprendre de faire, en nous attachant exclusivement aux problèmes sur lesquels il s'est produit véritablement des variations, et qui sont d'ailleurs de beaucoup les plus graves de tous ceux que soulève l'effet déclaratif.

Les questions que nous passerons en revue se rattachent aux points suivants :

1° Les *conditions* auxquelles est subordonné l'effet déclaratif;

2° Les *personnes* au profit desquelles l'indivision doit se dénouer pour que l'effet déclaratif se produise ;

3° Les *biens* auxquels peut s'appliquer l'effet déclaratif;

4° Les *conséquences* de l'effet déclaratif.

CHAPITRE PREMIER

Conditions auxquelles est subordonné l'effet déclaratif

3. Les questions qui se rattachent aux conditions de l'effet déclaratif et sur lesquelles la jurisprudence a varié sont les suivantes :

1° La cessation de l'indivision est-elle nécessaire ?

2° Dans quelle mesure l'effet déclaratif dépend-il de la volonté des copropriétaires ?

Section Première

De la cessation de l'indivision

4. Sans entrer dans l'examen de l'ancien droit, dont l'interprétation peut donner lieu à quelques difficultés, nous y signalons une solution indiscutée : c'est que l'effet déclaratif s'y produisait, même quand l'indivision ne cessait pas (1). Le seul point qui soit controversable est celui de savoir s'il était nécessaire que l'acte fût passé entre tous les cohéritiers, et notamment si la cession de droits successifs faite par un héritier au profit de l'un ou de quelques-uns de ses cohéritiers, n'était pas déclarative. Il semble bien que l'acte devait être passé entre tous les cohéritiers, mais que cependant quelques arrêts de l'époque la plus récente étaient en sens contraire (2).

5. Pour tracer méthodiquement l'évolution de la jurisprudence moderne, nous devons rechercher :

1° Quelles solutions elle a adoptées en principe ;

2° Si elle fait ou a fait des distinctions entre le partage, la licitation et la cession de droits successifs ;

3° A quelles solutions de détail conduisent les principes successivement adoptés ;

4° Quels sont les caractères de l'acte auquel est refusé l'effet déclaratif ;

5° Quels sont les motifs pratiques des variations de la jurisprudence.

§ Ier. *La cessation de l'indivision est-elle nécessaire en principe ?*

6. Adoptant une formule qu'on rencontrait déjà dans certains arrêts de Cours d'appel (3), la Cour de cassation a dit tout d'abord que « tout pre-

---

(1) V. notamment Pothier, *Tr. des fiefs*, n° 457 ; Guyot, *Tr. des fiefs*, I, chap. III, § 4, n° 4 ; Pocquet de Livonière, *Cout. d'Anjou*, sur l'art. 282, obs. 1 ; Fortin, *Cout. de Paris*, sur l'art. 80 ; Fonmaur, *Tr. des lods et ventes*, t. I, n° 303 ; Prévost de la Jannès, *Principes*, t. I, n° 233.

(2) V. Prévost de la Jannès, Fonmaur, *loc. cit.*

(3) « Tout premier acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre plusieurs copropriétaires doit être regardé comme déclaratif ». Bordeaux, 25 pluviôse an X, S. chron.



mier acte entre cohéritiers équivaut à partage, et que tout acte de partage est regardé comme déclaratif » (1). L'espèce sur laquelle elle statuait, — d'ailleurs également antérieure au Code civil, — concernait une cession de droits successifs consentie par plusieurs héritiers à un seul. Les héritiers avaient-ils tous participé à l'acte? La Cour de cassation ne prend même pas la peine de se le demander ; elle est donc d'avis que tout acte *diminuant* le nombre des copropriétaires, fût-il passé exclusivement entre certains de ces derniers, produit l'effet déclaratif. Et c'était également avant le Code civil l'avis des Cours d'appel (2). La jurisprudence ne faisait ainsi qu'appliquer celle des Parlements, telle qu'on la comprenait à l'époque la plus récente.

7. Dans les premières années qui suivirent le Code civil, cette théorie persista (3), malgré la résistance de quelques tribunaux (4). La Cour de cassation la reproduisit (5).

Peu d'arrêts essayent de justifier cette solution. Ceux d'entre eux qui veulent la motiver disent simplement que le partage est la suite nécessaire de l'acte préalable, et aurait pu être compris dans le même contexte (6).

8. Très rapidement, on trouve des décisions en sens contraire. Dès 1817, la Cour de Rennes juge que le privilège des copartageants, — conséquence, suivant elle, de l'effet déclaratif, — exige la cessation de l'indivision entre tous les copropriétaires (7). On ne peut regarder peut-être comme étant en sens contraire d'autres décisions de Cours d'appel qui déclarent l'hypothèque d'un colicitant éteinte en cas d'adjudication au profit d'autres colicitants indivisément, la question de savoir si la cessation de l'indivision est une condition de l'effet déclaratif ne paraissant pas avoir été soulevée devant elles (8).

9. La Cour de cassation a facilement accepté le système de la Cour de

(1) Cass. req., 3 mars 1807, S. chron.

(2) V. l'arrêt précité de Bordeaux. Cet arrêt a trait à une cession consentie par un cohéritier à tous les autres; si donc l'indivision ne cessait pas, au moins l'acte était-il passé entre tous les copropriétaires; mais la formule adoptée par l'arrêt (v. la note 3, p. 445, *supra*) montre que la Cour de Bordeaux n'attachait aucune importance à cette dernière circonstance.

(3) Cass. req., 25 janv. 1809, S. chron.

(4) Dans l'espèce tranchée par l'arrêt du 25 janv. 1809, le tribunal de la Seine avait décidé que l'hypothèque consentie par un propriétaire était maintenue après la cession de droits de ce copropriétaire aux autres; mais la Cour de Paris, dans un arrêt du 11 janv. 1808, avait déjà répondu que le premier acte entre copropriétaires est un partage.

(5) L'arrêt du 25 janv. 1809 ne formule même plus de solution de droit; il dit seulement que la Cour d'appel a bien fait de considérer comme partages deux actes successifs par lesquels un copropriétaire avait cédé ses droits à tous les autres.

(6) Paris, 11 janv. 1808, sous Cass., 25 janv. 1809, S. chron.

(7) Rennes, 23 mai 1817, S. chron.

(8) Paris, 16 avril 1821, S. chron.

Rennes, mais elle ne l'a pas fait d'un seul coup (1). Elle a, pour écarter l'effet déclaratif dans une hypothèse où une cession de droits successifs avait été faite par l'un des héritiers à tous les autres, commencé par s'appuyer sur cette considération de fait que les parties avaient déclaré la procédure de partage impraticable; la Cour de cassation concluait de là que, dans leur esprit, l'acte tenait lieu de vente et ne produisait pas, en conséquence, l'effet déclaratif (2). L'insuffisance de cette considération déguisait la volonté d'arriver à exiger la cessation absolue de l'indivision. D'une part, comme nous le dirons, il n'appartient pas aux parties, par la qualification qu'elles donnent aux actes, d'échapper à l'effet déclaratif prononcé par la loi. D'autre part, dans le fait qu'elles recouraient à une cession pour remplacer un partage impraticable en nature, il y avait plutôt une raison de doter la cession de l'effet déclaratif que de le lui refuser; aussi verrons-nous que, dans une certaine opinion, le seul cas où la licitation et la cession de droits successifs sont déclaratives est celui où elles remplacent un partage d'immeubles impartageables. La vérité est sans doute que la Chambre civile, qui, pour la première fois, statuait sur la question, ne voulait pas contredire trop directement la solution donnée autrefois, sur une hypothèse entièrement identique, par la Chambre des requêtes (3).

Aussi la Chambre civile, lorsqu'elle fut saisie de nouveau de la question, reconnut-elle que l'article 883 s'applique exclusivement aux actes qui, « passés entre tous les cohéritiers ou autres copropriétaires, ont pour effet de faire cesser l'indivision » (4).

---

(1) Seul M. Pilon (*Rev. trimestr. de dr. civil*, 1903, p. 917 et suiv.) a soutenu que la Cour de cassation a toujours admis l'effet déclaratif dans le cas où l'acte, bien que ne faisant pas cesser entièrement l'indivision, a été passé entre tous les copropriétaires. Nous montrerons, dans la suite de nos développements, que cela n'est pas exact. V. en particulier les arrêts cités *infra*, n°s 10, 43.

(2) Cass. civ., 4 févr. 1822, S. chron. — C'est donc à tort qu'on fait généralement dater de l'arrêt, cité plus bas, du 27 mai 1835, le changement survenu dans la jurisprudence; il y a eu, comme on va le voir, plusieurs autres arrêts antérieurs exigeant la cessation de l'indivision.

(3) Cass. req., 25 janv. 1809, précité.

(4) Cass. civ., 16 janv. 1827, S. chron., Dall., Rép., v° Enreg., n° 2652. — Cet arrêt, comme celui de 1822, est relatif au droit de transcription; l'interprétation que nous en donnons est certaine et a toujours été acceptée. V. le rapport de M. le conseiller Mestadier sous Cass., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341. — V. aussi Cass. civ., 24 août 1829, S. chron., Dall., Rép., v° Enreg., n° 2653. Il s'agissait d'une cession faite par certains copropriétaires à l'un des autres; la Cour de cassation aurait pu se contenter, pour refuser l'effet déclaratif à cet acte, de constater qu'il n'était pas intervenu entre tous les copropriétaires; elle déclare que la cession « n'a pas fait cesser l'indivision entre le cessionnaire et ce dernier (le copropriétaire qui n'a pas participé à l'acte), qui n'a pas été partie dans l'acte »; v. l'interprétation conforme de M. le conseiller Mestadier, *loc. cit.* La question, ici encore, concernait le droit de transcription. — Cass. civ., 27 déc. 1830, Dall., Rép., v° Enreg., n° 2652, S. chron. (même acte; il était toujours question du droit

La Chambre des requêtes ne résista pas ; elle décida, avant même que l'occasion lui en fût donnée, — car il s'agissait d'une licitation faite au profit d'un tiers étranger à l'indivision, — qu'un acte qui n'est « pas fait avec les cohéritiers », et qui « n'a pas fait cesser l'indivision », ne produit pas l'effet déclaratif (1) ; et si on voit ailleurs l'une et l'autre des deux chambres nier le droit de résolution, en se basant sur l'effet déclaratif du partage, dans des espèces où une licitation était prononcée indivisément au profit de plusieurs copropriétaires, c'est que la question de savoir si la cessation de l'indivision est indispensable n'avait pas été soulevée (2) ; ce qui prouve que les esprits n'étaient pas encore entièrement faits à la nouvelle doctrine.

Les Cours d'appel semblent avoir ignoré pendant quelque temps cette nouvelle jurisprudence (3). Mais plusieurs d'entre elles ne tardèrent pas

---

de transcription) : l'article 883 s'applique seulement aux « actes qui y sont énoncés et qui, passés entre tous les cohéritiers ou copropriétaires d'une même chose, ont pour objet d'en faire cesser entièrement l'indivision ». — Cass. civ., 31 janv. 1832, S. 32, 1, 160, Dall., Rép., v° Enreg., n° 2653, relatif au droit de transcription sur la cession de droits successifs par l'un des cohéritiers à un autre : l'article 883 se restreint aux actes y énoncés passés entre tous les cohéritiers et qui ont pour effet de faire cesser l'indivision (V. le rapport précité de M. Mestadier). — Cass. civ., 16 mai 1832, S. 32, 1, 602, Dall., Rép., relatif au droit de transcription sur la cession de droits successifs par l'un des cohéritiers à tous les autres. — Cass. civ., 6 nov. 1832, S. 33, 1, 66, Dall., Rép., v° Enreg., n° 2654, relatif au droit de transcription sur la cession de droits successifs par un héritier à l'un de ses cohéritiers : l'effet déclaratif s'applique aux seuls actes qui, « en faisant cesser l'indivision entre les cohéritiers, substituent à leur part indivise dans les meubles et immeubles de la succession, le lot des effets auxquels chacun d'eux est, en ce cas spécial et par suite d'une fiction de la loi, censé avoir succédé seul et immédiatement » (V. le rapport précité de M. Mestadier). — Cass. civ., 15 déc. 1832, S. 33, 1, 394, dont il sera question plus loin, et qui, à propos de la rescision pour cause de lésion, s'occupe de l'effet déclaratif.

(1) Cass. req., 18 mars 1829, S. chron., Dall., Rép., v° Succ., n° 2122 (cité également dans le rapport Mestadier, précité).

(2) Cass. req., 9 mai 1832, S. 32, 1, 367 ; Cass. civ., 14 mai 1833, S., 33, 1, 387.

(3) V. Besançon, 25 juin 1828, et Montpellier, 19 juillet 1828, S. chron., Dall., Rép., v° Succ., n° 2121. — Ces deux arrêts décident, l'un que la licitation n'est pas résoluble pour inexécution des conditions, et l'autre que l'article 882 est applicable à un traité entre cohéritiers. Ils s'appuient sur l'effet déclaratif sans rechercher si, en fait, l'indivision avait cessé ; mais elle avait bien cessé. Toutefois ce n'est pas une raison pour soutenir, comme on l'a fait (S., en note sous Cass., 25 janv. 1809 et sous Montpellier, 6 mai 1831, cité à la note suivante), que l'arrêt de Montpellier de 1828 déclare la cessation de l'indivision inutile. — V. aussi Paris, 11 avril 1830, S. chron., qui applique, sans restriction, l'effet déclaratif à la licitation. — Lyon, 21 déc. 1831, S. 32, 2, 274, Dall., Rép., v° Succ., n° 2122, qui, dans une hypothèse où il n'y avait pas cessation de l'indivision, dit simplement, pour nier l'effet déclaratif, que l'article 883 exige un acte intervenu « entre tous les cohéritiers dans un intérêt commun », et non des traités particuliers intervenus entre quelques-uns des copropriétaires. — Un jugement cassé par Cass. civ., 16 mai 1832, précité, attachait l'effet déclaratif à la cession faite à plusieurs cohéritiers. — La Cour de Bordeaux décide (15 mars 1833, S. 34, 2, 22) que la licitation, étant soumise à l'article 883, n'est pas résoluble pour inexécution des condi-

à s'y rallier (1). — On a même pu croire, aussitôt après, que la Chambre civile irait plus loin encore, et n'accepterait pas sans restriction l'effet déclaratif dans tous les actes faisant cesser l'indivision, car elle décide que l'art. 883 n'est pas applicable lorsque, après un premier acte de partage ou équivalant à partage, les biens restés indivis entre certains des copropriétaires sont adjugés à l'un d'eux; celui-ci, a-t-elle dit, est assimilé à un tiers (2). Mais cette solution, qui paraît avoir eu pour objet d'éviter l'examen de la question, alors controversée, de savoir si l'insertion d'une clause de folle enchère dans le cahier des charges d'une licitation est efficace pour le cas où la licitation est déclarative (3), n'a jamais été reproduite, et on ne voit pas sur quel argument elle pourrait reposer.

10. En 1833, la jurisprudence était faite; devant la Chambre des requêtes, le conseiller Mestadier la donnait comme constante, sans même paraître admettre qu'antérieurement elle eût été différente. La Chambre des requêtes la confirmait de la manière la plus énergique, dans l'un des arrêts les plus complètement motivés qui aient été rendus sur la matière : L'art. 883 doit être interprété restrictivement, il ne pourrait être étendu

---

tions, ni susceptible de folle enchère ; en fait, il y avait adjudication au profit de plusieurs, mais la question de savoir si l'effet déclaratif est subordonné à la cessation de l'indivision n'a pas été agitée. — La même Cour donne la même solution dans une espèce où la licitation était intervenue au profit d'un seul, mais sans faire état de cette dernière circonstance; Bordeaux, 22 mars 1834, S. 34, 2, 460. — V. encore Trib. de la Seine, 24 avril 1834, et Paris, 30 août 1834, sous Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341. Le jugement attribue l'effet déclaratif à une licitation prononcée au profit de quelques-uns des cohéritiers ; l'arrêt le lui refuse, mais parce que la licitation n'avait pas *pour but* de faire cesser l'indivision (v. *infra*, n°s 61 et suiv.). — Nancy, 27 juillet 1838, S. 38, 1, 370, qui attribue l'effet déclaratif à une licitation « faisant cesser l'indivision *entre deux communistes* ». — Paris, 24 avril 1837, sous Cass. civ., 13 août 1838, S. 38, 1, 701, qui applique l'article 883 à une licitation prononcée au profit de plusieurs cohéritiers ; Rouen, 14 mai 1839, Dall., Rép., v° Succ., n° 2122; Paris, 20 août 1840, sous Cass. civ., 6 mai 1844, S. 44, 1, 596; Montpellier, 21 déc. 1844, S. 45, 2, 587; Paris, 15 févr. 1844, sous Cass. req., 10 juin 1845, S. 45, 1, 808; Rennes, 26 janv. 1847, P. 47, 1, 410. — Trib. de la Seine, 16 juin 1837, et Paris, 23 nov. 1837, sous Cass. civ., 19 janv. 1841, cité plus loin, appliquant l'article 883 à la cession de droits successifs consentie par l'un des héritiers à un autre héritier. — On a interprété à tort dans le même sens Limoges, 3 déc. 1840, et Toulouse, 30 déc. 1840, et 23 janv. 1841, S. 41, 2, 545 ; Limoges, 1er juil. 1844, S. 45, 2, 221, qui concernent l'action en rescision pour cause de lésion et s'appuient uniquement, pour déclarer la cessation de l'indivision inutile à cet égard, sur l'article 888.

(1) Montpellier, 6 mai 1831, S. 31, 2, 278 (l'effet déclaratif, et, par suite, l'action en rescision ne s'appliquent pas à la cession intervenue entre certains des copropriétaires) ; Bourges, 26 janv. 1844, S. 45, 2, 426; Limoges, 14 févr. 1845, S. 45, 2, 641.

(2) Cass. civ., 17 déc. 1833, S. 34, 1, 345. Cependant dans le rapport Mestadier, précité, cet arrêt est cité comme subordonnant simplement l'effet déclaratif à la cessation de l'indivision.

(3) On soutenait la nullité de la clause en cas de licitation déclarative. La Cour de cassation cherche à montrer que la licitation, en fait, n'est pas déclarative.

« à tous actes passés entre cohéritiers pour en mettre seulement un ou plusieurs hors de l'indivision, sans ouvrir la porte à toutes les fraudes, sans violer le sens littéral et l'esprit de la loi... L'art. 883 fait partie de la section IV, intitulée *Des effets du partage et de la garantie des lots*, du chap. VI intitulé *Du partage et des rapports ;* il parle de chaque héritier individuellement pris, et des objets compris dans le lot de chaque héritier; ce qui ne peut s'entendre que des actes dont la conséquence immédiate est de faire cesser l'indivision entre tous les héritiers et non des actes qui, se bornant à écarter du partage quelques uns des héritiers et ne faisant pas cesser l'indivision entre les autres, ne sont réellement pas des partages » (1).

Mais cet arrêt allait beaucoup trop loin en disant que, dans le cas où la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, l'effet déclaratif n'existe pas même si l'adjudication est prononcée au profit d'un seul des héritiers, parce qu'il se produit une interversion de titre. Il y a là une confusion : de l'interversion de titre résulte la nécessité de la purge, comme l'a reconnu la jurisprudence ultérieure, mais l'adjudicataire n'en est pas moins un copropriétaire, et l'effet déclaratif se produit. C'est ce que, depuis, la Cour de Cassation a décidé (2).

A la Chambre des requêtes, la Chambre civile emprunte ses motifs (3) et désormais, en termes plus brefs, la Cour de cassation, toutes les fois qu'elle en a l'occasion, reproduit la solution (4).

Et on ne peut invoquer en sens contraire un arrêt de la Chambre civile qui, contrairement d'ailleurs à la jurisprudence antérieure de la Chambre des requêtes (5), mais très exactement, et sans invoquer l'art. 883, ne subordonne pas à la cessation de l'indivision la recevabilité de l'action

---

(1) Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341, Dall., Rép., v° Vente publ. d'imm., n° 1883. — Généralement, c'est de cet arrêt qu'on fait dater la jurisprudence qui exige la cessation absolue de l'indivision. V. le rapport de M. le conseiller Faye sous Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481. — Comp. les conclusions de M. Fabreguettes, faisant fonctions d'avocat général, sous Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.

(2) Cass. req., 7 août 1860, S. 60, 1, 977, D. 61, 1, 499.

(3) Cass. civ., 13 août 1838, S. 38, 1, 701.

(4) Cass. req., 3 déc. 1839, S. 39, 1, 903, Dall., Rép., v° Succ. n° 2122, 3°; Cass. req., 28 déc. 1840, S. 41, 1, 204, Dall., Rép., v° Succ., n° 2126 ; Cass. civ., 19 janv. 1841, S. 41, 1, 375, Dall., Rép., v° Succ., n° 2128 (l'art. 883 s'applique seulement aux actes « passés entre les cohéritiers, et qui ont eu pour effet de faire cesser l'indivision à leur égard »); Cass. req., 24 janv. 1844, S. 44, 1, 116 (pour le droit de transcription); Cass. civ., 6 mai 1844, S. 44, 1, 596, Dall., Rép., v° Succ., n° 2122, 6°.

On a cité aussi en ce sens (S. 46, 2, 298), mais à tort, Cass., 19 nov. 1845, S. 45, 1, 810. Cet arrêt, qui déclare exigible le droit de mutation, constate bien qu'en fait l'indivision ne cessait pas ; mais il base le droit sur l'idée qu'il y avait partage et non licitation. En effet, ce droit est dû sur les licitations, même quand l'indivision cesse, et n'est pas dû sur les partages, même quand l'indivision ne cesse pas.

(5) Cass. req., 28 déc. 1840, S. 41, 1, 204, Dall., Rép., v° Succ., n° 2126.

en rescision dirigée pour cause de lésion contre une cession de droits successifs (1). L'article 888 est conçu en termes tout différents de l'article 883.

11. Il serait plus facile de soutenir que la Chambre des requêtes a, la première, abandonné la doctrine. Une licitation ayant été ordonnée par un tribunal au cours d'une instance en partage, l'immeuble fut adjugé indivisément à plusieurs des copropriétaires. On soutenait que le prix devait, dans le partage, être imputé sur les droits des adjudicataires dans la masse indivise; ceux-ci répondaient que, l'acte constituant une vente, le prix devait être partagé entre tous les cohéritiers suivant leurs droits, et que de la sorte les adjudicataires conservaient, dans les autres biens restés indivis, les mêmes droits que leurs copropriétaires. En réalité, la question de savoir si l'acte avait produit l'effet déclaratif aurait dû être regardée comme indifférente, car, à supposer qu'on admît l'affirmative, il en résultait seulement que l'immeuble était réputé avoir toujours appartenu aux adjudicataires; le prix, valeur étrangère à la succession, n'était pas soumis à l'effet déclaratif. Si même il avait constitué une créance de la succession sur les adjudicataires, il n'aurait pas de plein droit été compris dans les lots de ces derniers (C. civ., art. 832).

Néanmoins, pour écarter la prétention formulée contre les adjudicataires, la Cour de Paris crut nécessaire de rappeler que la licitation qui ne fait pas cesser l'indivision n'est pas déclarative. La Cour de cassation rejette le pourvoi pour un autre motif : « Du consentement de tous les cohéritiers et sur la demande même de P... (celui des copropriétaires qui invoquait l'effet déclaratif), l'immeuble a été mis en vente ». L'arrêt attaqué, en décidant que la vente n'a pas été faite à titre de licitation, mais a constitué une vente ordinaire, « n'a fait qu'apprécier sainement l'intention des parties intéressées, les faits de la cause, et n'a aucunement violé l'art. 883 C. civ. » (2).

Cette considération ne se trouvait pas, en fait, dans l'arrêt attaqué; en outre elle est inexacte (3). De ce que la Cour de cassation l'a invoquée, faut-il conclure qu'elle a voulu répudier la doctrine d'après laquelle un acte qui ne fait pas cesser l'indivision n'est jamais déclaratif? Ce serait une déduction aventurée, en présence d'arrêts contraires que, peu de temps auparavant, avait rendus la Chambre des requêtes elle-même. Elle a cru simplement, sans doute, avoir à son service un argument meilleur, et l'a employé.

Aussi cet arrêt ne semble-t-il pas avoir jamais été signalé par les auteurs

(1) Cass. civ., 8 févr. 1841, S. 44, 1, 437. — V. également sur divers arrêts d'appel, *supra*, p. 448, n° 9, note 3.
(2) Cass. req., 10 juin 1845, S. 45, 1, 808.
(3) V. *infra*, n° 61.

qui ont imputé à la Cour de cassation, par intermittences, l'opinion qui n'exige pas la cessation complète de l'indivision.

On peut en dire autant de deux autres arrêts, rendus peu de jours après par la même chambre, et d'après lesquels la cession de droits successifs qui met fin à l'indivision peut, en fait, être une vente, pourvue du privilège du vendeur (1) ; ces arrêts appliquent une autre théorie, celle d'après laquelle les effets du partage ne sont pas d'ordre public (2).

12. En tous cas, la nécessité de la cessation absolue de l'indivision continua à être affirmée par la Chambre civile et les chambres réunies (3). Les Cours d'appel s'y rallièrent plus franchement que par le passé (4).

13. Mais on prétend généralement qu'en 1851 la Chambre des requêtes a, au moins accidentellement, admis que la cessation de l'indivision n'est pas nécessaire. L'un des héritiers avait cédé à un autre des héritiers ses droits successifs; par le même acte, un troisième cohéritier avait reçu pour ses droits certains biens, et les autres, y compris le cessionnaire, étaient restés dans l'indivision (5). L'arrêt décide que ni le cessionnaire, ni les autres héritiers restés dans l'indivision ne peuvent se prévaloir de l'art. 883, et que, par conséquent, les créanciers du cédant gardent leur hypothèque sur la part indivise appartenant, avant la cession, à ce dernier (6).

La fiction de l'art. 883, dit la Cour de cassation, « peut exercer et produire ses effets, alors même que l'indivision n'a pas cessé entièrement entre les cohéritiers; mais il faut qu'il existe un partage réel ». Or, dans l'espèce, la cession et l'abandon « ont pu être considérés par les juges comme dépourvus des caractères d'un partage ». L'attribution à l'un des héritiers de son lot, sans le concours du cédant, « alors que ses cohéritiers restaient dans l'indivision, n'a pu l'isoler du sort de ses cohéritiers et lui donner le droit de se prévaloir de l'art. 883 C. civ., que les autres cohéritiers n'auraient pas pu invoquer, puisqu'aucune partie des biens de la succession ne leur avait été privativement attribuée ».

Pour comprendre le sens de ce considérant, il faut le rapprocher du

(1) Cass. req., 25 juin 1845, S. 45, 1, 806.

(2) V. *infra*, nº 61.

(3) Cass. ch. réun., 19 déc. 1845, S. 46, 1, 113 (à propos du droit de transcription); Cass. civ., 11 févr. 1846, S. 46, 1, 113 (id.); Cass. civ., 21 juin 1848, S. 48, 1, 638 (id.); Cass. civ., 12 juill. 1848, S. 48, 1, 662 (id.); Cass. civ., 29 nov. 1848, S. 49, 1, 270 (id.); Cass. civ., 10 juin 1850, S. 50, 1, 682 (id.); Cass. civ., 26 août 1850, S. 50, 1, 681 (id.); Cass. civ., 26 févr. 1851, S. 51, 1, 416 (id.). — V. sur ce dernier arrêt, les conclusions de M. Fabreguettes, faisant fonctions d'avocat général, sous Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.

(4) Toulouse, 16 mai 1846, S. 46, 2, 297.

(5) V. notamment, dans le sens de cette interprétation, le rapport de M. le conseiller Faye sous Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481.

(6) Cass. req., 2 avril 1851, S. 51, 1, 337, D. 51, 1, 97.

motif par lequel la Cour d'appel a justifié la même solution, et que la Cour de cassation a visiblement voulu reproduire : « Par ces expressions « chaque héritier », le législateur a évidemment entendu ne créer cette dérogation au droit commun que pour le seul cas où l'indivision aura cessé à l'égard de chacun des ayants droit, ou, en d'autres termes, lorsqu'elle n'existera plus à l'égard d'aucun, ce qui est loin de se rencontrer dans l'espèce ». Et la Cour d'appel invoque la jurisprudence de la Cour de cassation, qui subordonne l'effet déclaratif à la cessation absolue de l'indivision.

Ainsi la Cour d'appel dit très nettement que la cessation absolue de l'indivision est nécessaire, et c'est pour ce motif que, dans l'espèce, elle ne reconnaît pas l'effet déclaratif. La Cour de cassation, dans les derniers mots de son considérant, le dit aussi très formellement : l'art. 883 n'est pas applicable, parce que, certains copropriétaires ayant reçu l'attribution indivise de biens héréditaires, aucun bien ne leur avait été « privativement attribué », c'est-à-dire que l'indivision n'avait pas cessé. Sans doute, au début, l'arrêt de la Chambre des requêtes dit que l'effet déclaratif peut exister même si « l'indivision n'a pas cessé entièrement entre les cohéritiers ». Mais s'il avait entendu ainsi que l'indivision peut persister sans que l'effet déclaratif soit refusé à l'acte, il se serait contredit lui-même ; on ne peut lui imputer successivement cette idée, et celle que les biens doivent, pour que l'effet déclaratif se produise, être privativement attribués à chaque héritier. La Cour de cassation a voulu dire tout autre chose, à savoir qu'il peut y avoir effet déclaratif, même si l'indivision ne cesse pas *sur tous les biens* ; tel est le sens du mot *entièrement* ; en d'autres termes, — ce qui est incontesté en doctrine et en jurisprudence, — le partage limité à certains biens, le partage partiel est déclaratif s'il réunit les conditions auxquelles, d'une manière générale, est subordonné l'effet déclaratif, à savoir s'il fait cesser, quant aux biens qu'il a pour objet, l'indivision.

Et, en fait, c'est bien d'ailleurs d'un partage partiel qu'il était question. L'un des héritiers avait reçu, pour son lot, certains biens ; pour ces biens donc l'indivision cessait ; il y avait partage partiel de certains biens, attribués exclusivement à l'un des copropriétaires. Sur ces biens, l'hypothèque établie au profit des créanciers des autres copropriétaires pouvait disparaître (nous reviendrons sur ce point) ; mais l'hypothèque contestée dans l'espèce était celle d'un créancier d'un autre copartageant, lequel était sorti de l'indivision par une cession de ses droits, et les immeubles sur lesquels ce créancier faisait valoir son hypothèque étaient ceux restés indivis entre les autres cohéritiers. Comme l'indivision ne cessait pas, et que par suite l'effet déclaratif ne se produisait pas, l'hypothèque était maintenue. Voilà la solution très exacte qu'a voulu donner la Cour de

cassation, qui, ainsi, loin d'abandonner la doctrine qui exige la cessation absolue de l'indivision, a consacré cette doctrine une fois de plus.

Aussi la Chambre civile a-t-elle continué à exiger la cessation absolue de l'indivision (1). Et la Chambre des requêtes a exprimé le même avis (2).

Il en fut de même des Cours d'appel (3), sauf peut-être une seule dissidence, qui n'est rien moins que certaine (4).

14. A son tour, en 1864, la Chambre civile a rendu une décision qui a été généralement interprétée comme proclamant inutile, au point de vue de l'effet déclaratif, la cessation de l'indivision (5). Il s'agissait de savoir si, au point de vue de la garantie des lots, — certaines dettes avaient été omises, — une cession de droits successifs consentie par l'un des cohéritiers à tous les autres, devait être considérée comme un partage. La Cour d'appel, en fait, avait admis l'affirmative. « L'arrêt attaqué, dit la Cour de cassation, ne l'a considéré (l'acte) que comme un moyen d'exécution du partage...; par cette interprétation, qui n'excède pas le droit souverain d'appréciation des juges du fait, elle n'a ni méconnu la nature, ni altéré le caractère légal de l'acte » (6).

Loin de regarder, dans l'espèce, la cession de droits successifs comme un acte équivalant au partage, la Cour de cassation prend soin de dire qu'elle est un *moyen d'exécution* du partage, ce qui se résume à lui refuser le caractère du partage.

Au reste, il ne s'agissait pas de savoir si l'acte avait produit l'effet décla-

(1) Cass. civ., 29 mars 1854, S. 56, 1, 49, D. 54, 1, 331; Cass. civ., 30 mai 1854, S. 54, 1, 461 (sol. implic.; pour le droit de transcription); Cass. civ., 29 novembre 1854, P. 56, 111; Cass. civ., 7 août 1855, S. 56, 1, 349 (droit de transcription); Cass. civ., 10 novembre 1862, S. 63, 1, 129.

(2) Cass. req., 29 juillet 1857, S. 58, 1, 313, qui, en fait, pour refuser l'effet déclaratif à une vente de droits successifs, bien que l'acte dût avoir pour objet de faire cesser l'indivision, s'appuie sur l'intention des parties (v. *infra*, n° 61) et reconnait ainsi qu'en principe l'acte a l'effet déclaratif seulement s'il fait cesser l'indivision; à la vérité la cession était faite *aux enfants* d'un héritier prédécédé, de sorte que l'indivision ne cessait pas; mais des termes de l'arrêt il résulte que, suivant la Cour de cassation, elle a assimilé l'hypothèse à celle où la cession aurait eu lieu au profit de l'héritier lui-même. V. surtout Cass. req., 18 mai 1858, S. 58, 1, 656, d'après lequel l'adjudication au profit de plusieurs copropriétaires n'est pas déclarative et donne lieu au droit de transcription, parce qu'elle « laisse subsister l'indivision entre plusieurs des copropriétaires ».

(3) Grenoble, 4 janv. 1853, S. 53, 2, 580; Lyon, 29 juillet 1853, S. 53, 2, 581, D. 54, 2, 336; Colmar, 1er février 1855, D. 56, 2, 13.

(4) Montpellier, 9 juin 1853, S. 53, 2, 406, D. 54, 2, 173. Cet arrêt a décidé que le privilège du copartageant ne s'applique pas à la cession de droits successifs par l'un des héritiers à un autre, mais il s'appuie sur ce que ce privilège « suppose nécessairement la présence de tous les cohéritiers à l'acte »; et, de ce qu'ils n'étaient pas tous présents, l'arrêt conclut que l'indivision ne cessait pas.

(5) V. notamment le rapport de M. le conseiller Faye sous Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481.

(6) Cass. civ., 25 avril 1864, S. 64, 1, 237, D. 64, 1, 227.

ratif, mais bien s'il était soumis aux règles de la garantie des lots. Or ce sont là, comme nous le ferons remarquer, deux questions fort différentes l'une de l'autre. En tout cas, l'effet déclaratif, qui intéresse les tiers, ne dépend aucunement de la volonté des parties, et c'est la loi seule qui l'attribue ou le refuse aux actes; au contraire, les règles de la garantie dépendent exclusivement de la volonté des parties, qui peuvent l'étendre, la restreindre ou la supprimer. Donc, pour savoir dans quelle mesure la garantie existe, c'est cette volonté qu'il convient de consulter, et les juges du fond la déterminent souverainement. La Cour de cassation a donc très juridiquement décidé que les juges du fait attribuent souverainement aux parties l'intention d'attacher à une cession de droits successifs, lors même qu'elle n'est pas un partage, les règles de la garantie des lots, telles qu'elles sont édictées en matière de partage. Il n'y a là rien qui ait rapport à l'effet déclaratif.

Aussi les Cours d'appel ont-elles continué à exiger la cessation absolue de l'indivision (1). La Cour de cassation a eu elle-même encore l'occasion de se prononcer dans le même sens. La Chambre des requêtes, dans un arrêt du 8 mars 1875, brillamment illustré par Labbé, a dit que tout acte entre copartageants ne revêt le caractère déclaratif « qu'autant qu'il a pour effet de faire cesser à l'égard de toutes les parties l'indivision sur l'héritage qui en est l'objet » (2).

15. On place souvent en 1878 un revirement de jurisprudence (3). Il est certain qu'une Cour d'appel, volontairement, se mit en opposition avec la Cour de cassation et, déclarant revenir à la jurisprudence ancienne, décida que la cessation de l'indivision n'était pas nécessaire (4).

Mais si la Chambre des requêtes repoussa le pourvoi dirigé contre cet arrêt, ce fut pour d'autres motifs. Elle interpréta les faits autrement que ne l'avait fait la Cour d'appel, et vit dans l'acte de l'espèce un « partage partiel », ou plus exactement un allotissement. Or, dit-elle, suivant l'art. 883, « il faut sans doute une opération où figurent tous les intéressés, et qui rompe entre eux la communauté par un partage réel ou par un acte équivalent, mais il n'est pas nécessaire, comme le prouve l'art. 883, en assimilant la licitation au partage, que cette opération assigne sa part à chaque cohéritier ou copropriétaire, et il suffit que l'un d'eux soit défini-

(1) Lyon, 1er mars 1865, S. 66, 2, 166; Alger, 26 nov. 1866, sous Cass., 22 janv. 1868, S. 68, 1, 209; Limoges, 29 déc. 1868, S. 69, 2, 255; Alger, 4 avril 1877, S. 79, 2, 216, D. 79, 2, 86 (sol. implic.).

(2) Cass. req., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449, D. 76, 1, 370. — V. en faveur de cette interprétation les conclusions précitées de M. l'avocat général Fabreguettes.

(3) V. en ce sens le rapport de M. le conseiller Faye, sous Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481, et les conclusions précitées de M. l'avocat général Fabreguettes.

(4) Bourges, 12 janv. 1878, S. 78, 2, 131, D. 79, 2, 85.

tivement rempli de la sienne au moyen d'un allotissement particulier, puisque de la sorte celui qui reçoit sa part dans la chose commune n'a plus rien à prétendre, et qu'en ce qui concerne les biens dont il est privativement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et ses coïntéressés » (1). Bien qu'en fait, comme nous le dirons à propos de l'allotissement, l'effet déclaratif ait été appliqué par cet arrêt aux biens restés dans l'indivision, il continue à proclamer la nécessité de la cessation absolue de l'indivision, et constate nettement qu'en matière d'allotissement l'indivision cesse complètement pour les biens dont l'un des héritiers est alloti. Aussi, est-ce à tort que l'on a regardé généralement cet arrêt comme ayant déclaré inutile, pour l'effet déclaratif, la cessation de l'indivision (2). Il l'exige tout au contraire; il veut que l'indivision *cesse complètement* par une attribution *privative;* tout au plus a-t-il le tort d'admettre que, dans le cas spécial d'allotissement et par mesure de réciprocité, le copropriétaire alloti, n'ayant pas à supporter, sur les immeubles qui lui sont attribués, les hypothèques provenant de ses copartageants, ceux-ci n'ont pas à supporter davantage sur les immeubles restés dans l'indivision, de laquelle est désormais exclu l'héritier alloti, les hypothèques provenant de ce dernier.

Néanmoins, le principe depuis si longtemps admis par la Cour de cassation se trouvait légèrement entamé, puisqu'il était reconnu que, dans un cas particulier, les immeubles restés indivis sont dégagés des hypothèques qui les grevaient du chef d'un copartageant sorti de l'indivision.

16. Mais, bien que cette solution ait fait jurisprudence, comme nous le dirons plus loin, et qu'il ait été désormais acquis que, dans le cas de l'allotissement d'un des copropriétaires, l'effet déclaratif s'applique non seulement aux biens compris dans son lot, mais encore aux biens restés indivis entre les copartageants, c'est-à-dire que ces biens sont désormais affranchis des droits réels qui les grevaient du chef du copropriétaire alloti, — cela n'implique en aucune manière que, d'une manière générale, le partage qui ne fait pas entièrement cesser l'indivision soit soumis à l'effet déclaratif. Le principe contraire reste proclamé par la Cour de cassation, dans les arrêts mêmes qui concernent l'allotissement. Il est donc applicable au cas, notamment, où l'indivision ne cesse sur aucun bien, où, par exemple, certains des objets héréditaires sont attribués aux héritiers représentant l'une des branches, et les autres aux héritiers représentant l'autre branche. Ici, d'ailleurs, l'argument d'équité qui a été invoqué au cas d'allotissement, ne peut être reproduit; cet argument, nous l'avons dit, est en effet celui de la réciprocité; or, l'indivision ne

(1) Cass. req., 9 déc. 1878, S. 79, 1, 404, D. 79, 1, 299.
(2) V. au *Sirey* les notes sous l'arrêt de 1878 et sous Cass., 21 mai 1895, S. 95, 1, 350.

cessant d'aucun côté, il n'est plus possible de dire que l'effet déclaratif, étant reconnu pour les biens compris dans l'un des lots, doit l'être aussi pour les biens compris dans l'autre.

Le principe a donc continué à être reconnu par la Chambre civile (1) : « L'effet déclaratif, dit-elle, n'est attaché qu'aux partages qui font cesser complètement l'indivision entre tous les ayants droit » (2). Les conseillers rapporteurs constatent que la cessation absolue de l'indivision est une condition de l'effet déclaratif et ne font aucune allusion à l'arrêt de 1878 (3).

Lorsque ce dernier arrêt fut invoqué devant elle, comme constituant la preuve d'un revirement de jurisprudence, le conseiller rapporteur, considérant probablement cet arrêt comme un accident, observa que sans doute la Chambre des requêtes n'avait pas voulu changer de jurisprudence et était restée fidèle aux précédents. La Chambre civile exigea à nouveau la cessation absolue de l'indivision (4). Elle l'exigea encore dans d'autres arrêts (5). Les Cours d'appel restèrent fidèles à cette doctrine (6).

Les arrêts disent que « tout acte qui a pour but et pour effet de faire complètement cesser l'indivision, a nécessairement le caractère d'un partage, quelque dénomination que lui aient donnée les parties » (7), ou refusent l'effet déclaratif aux actes qui ne font pas cesser l'indivision (8).

---

(1) Cass. civ., 25 août 1879, S. 80, 1, 111 (à propos du droit de transcription sur les licitations); Cass. civ., 23 avril 1884, S. 84, 1, 209, D. 85, 1, 119.

(2) Cass. civ., 23 avril 1884, précité. — C'est en ce sens aussi que l'arrêt a été interprété par M. Esmein (note sous Cass. req., 16 févr. 1887, S. 88, 1, 257). — Cependant M. l'avocat général Feuilloley, dans ses conclusions sous Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326, dit que l'arrêt de 1884 s'explique par l'idée que, dans l'espèce, il s'agissait d'une association de fait. Mais d'une part, l'arrêt, en termes absolus, exige la cessation de l'indivision ; ensuite il n'y a aucune raison de distinguer entre l'association de fait et toute autre indivision.

(3) V. le rapport Dareste sous Cass. civ., 23 avril 1884, précité. — Le pourvoi et la défense étaient d'accord pour le reconnaître. — V. également en faveur de la même interprétation, la note de M. Demante au *Sirey*, sous l'arrêt de 1884.

(4) Cass. civ., 19 mai 1886, S. 87, 1, 113. — MM. Esmein (*loc. cit.*) et Fabreguettes (*loc. cit.*) interprètent cet arrêt dans le même sens.

(5) Cass. civ., 28 déc. 1886 (sol. implic., S. 87, 1, 213; Cass. civ., 14 déc. 1887, S. 89, 1, 193 : L'effet déclaratif se produit toutes les fois que « les propriétaires par indivis d'immeubles font cesser cette indivision » par un acte « qui attribue à l'un d'eux » les objets indivis. — Cass. civ., 16 avril 1888, S. 88, 1, 216 : l'art. 883 est applicable à « tous partages faisant cesser définitivement l'indivision entre tous les communistes ». — Cass civ., 17 nov. 1890, S. 94, 1, 399, D. 91, 1, 25. — V., sur cet arrêt, ce qui est dit à propos de la licitation, *infra*, n° 31. — Cass. civ., 4 mars 1891, S. 94, 1, 411.

(6) Aix, 30 avril 1885, sous Cass. req., 16 févr. 1887, S. 88, 1, 257; Riom, 17 janvier 1889, sous Cass. civ., 4 mars 1891, S. 94, 1, 113; Poitiers, 10 juill. 1889, S. 91, 2, 110, D. 90, 2, 183; Douai, 11 juil. 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 2, 626; Pau, 9 déc. 1889, S. 91, 2, 49 (motifs); Alger, 10 avril 1894, D. 94, 2, 462; Trib. de Mauriac, 28 oct. 1891, *Rec. de Riom*, 1894. p. 165; Trib. de la Seine, 5 mai 1893, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8258.

(7) Grenoble, 20 janv. 1893, S. 93, 2, 265.

(8) Trib. de la Seine, 5 mai 1893, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8251 (pour le droit de transcription).



Lorsque la Chambre des requêtes a l'occasion elle-même de statuer à nouveau, elle exige aussi la cessation de l'indivision et refuse de considérer comme déclaratif un acte à la suite duquel l'indivision persiste entre l'un des cohéritiers, adjudicataire unique, et un tiers : « La fiction de droit établie par l'article 883 C. civ., d'après laquelle chaque communiste est censé avoir été propriétaire *ab initio* des objets à lui échus par le partage ou la licitation, ou par tout acte équivalant à partage, ne s'applique, d'après les termes de cet article, qu'aux actes qui y sont énoncés et qui, passés entre tous les cohéritiers ou autres copropriétaires d'une même chose, ont pour effet d'en faire cesser l'indivision » (1).

17. La solution n'a pas varié, selon nous, à la suite d'un arrêt du 21 mai 1895 (2), dans lequel la Chambre civile dit qu'un copartageant, attributaire d'immeubles, est censé y avoir succédé directement, « mais que, par contre, il est censé n'avoir jamais eu aucun droit de propriété sur les autres biens de la succession, et notamment sur le domaine de C..., lequel est réputé dès lors n'avoir jamais été frappé de l'hypothèque légale de sa femme ». Il est vrai que ce domaine avait été adjugé indivisément à deux des cohéritiers, mais cela n'empêche pas le partage d'avoir produit ses conséquences légales « à l'égard des copartageants, qui ont reçu dans ce partage des lots distincts les remplissant de toute leur part; en ce qui les concerne, la valeur du domaine licité est entrée dans la masse partageable aux lieu et place de l'immeuble et leur a été répartie avec les autres biens de la succession, de telle sorte qu'à ce moment l'indivision a complètement pris fin entre eux et leurs cohéritiers. Si la propriété de l'immeuble licité est restée indivise entre les deux adjudicataires pendant plusieurs années encore, cette indivision nouvelle, qui avait sa cause non plus dans la dévolution héréditaire, mais bien dans la convention des parties, n'intéressait plus que les rapports respectifs des communistes ».

On a ordinairement considéré cet arrêt comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, à laquelle on a imputé la volonté d'affirmer que l'effet déclaratif du partage se produit en l'absence même de la cessation de l'indivision (3). Et cependant l'arrêt dit formellement que l'indivision doit avoir *complètement* pris fin. En réalité, le cas dont il s'occupe, — comme la Chambre des requêtes en 1878, — est celui d'un allotissement.

---

(1) Cass. req., 3 déc. 1890, S. 91, 1, 417. — Le sens de cet arrêt n'est pas douteux. V. le rapport de M. le conseiller Faye sous Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481.

(2) S. 95, 1, 350, D. 96, 1, 9.

(3) Note au *Sirey*, 95, 1, 350 ; Planiol, note au *Dalloz*, 96, 1, 9. — Sol. de la Régie du 8 nov. 1895, *Répert. périod. de l'Enreg*, n° 8829 (qui refuse d'accepter, au point de vue du droit de transcription, la doctrine, ainsi comprise, de l'arrêt, comme étant en opposition avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation) — Trib. de Saint-Jean d'Angely, 27 mai 1903, *Journ. de l'Enreg.*, n° 26649, — et les conclusions précitées de M. l'avocat général Feuilloley.

Ainsi que la Chambre des requêtes, la Chambre civile décide que si un héritier est alloti, l'effet déclaratif se produit non pas seulement en ce qui concerne les biens compris dans son lot et pour lesquels l'indivision cesse, mais encore en ce qui concerne les biens attribués (soit par un partage proprement dit, soit par une licitation) à plusieurs cohéritiers indivisément : les hypothèques provenant du copartageant alloti, et frappant ces derniers immeubles, sont anéanties. Seulement, la Chambre des requêtes n'avait pas justifié, au point de vue juridique, cette solution. La justification est tentée par la Chambre civile, d'après laquelle l'indivision a cessé, en ce qui concerne les immeubles attribués indivisément, pour faire place à une indivision nouvelle, qui a son point de départ au jour de l'attribution, et n'a plus pour source la dévolution héréditaire.

Loin de montrer que la Chambre civile juge la cessation de l'indivision inutile, cet arrêt prouve qu'elle continue à l'estimer indispensable, puisqu'il proclame à nouveau le principe et cherche à établir que la cessation absolue de l'indivision se rencontrait dans l'espèce. A la vérité, elle ne s'y rencontrait pas ; il n'est pas douteux que l'immeuble, n'ayant pas fait l'objet d'un partage entre les attributaires, a continué à leur appartenir au titre ancien, qu'il n'y a jamais eu cessation absolue de l'indivision, que la licitation a, tout aussi bien que si les autres héritiers avaient reçu le prix au lieu d'être allotis, simplement écarté de l'indivision ces derniers. Mais il n'est pas important de déterminer la valeur de l'argument invoqué par l'arrêt ; la pensée qui l'a inspiré compte seule ; il a voulu, tant bien que mal, donner un motif à l'appui d'une solution qui, dans un but de réciprocité, comme nous l'avons dit à propos de l'arrêt de 1878, est désirable.

Les conclusions de M. l'avocat général Rau sont dans le même sens ; elles portent simplement : « Pour les partages véritables entre tous les intéressés, nous avons décidé que l'effet déclaratif se produit alors même que l'indivision subsisterait à l'égard de certains coïndivisaires. *Il suffit que, pour les autres, il y ait lotissement définitif* ».

18. Un autre arrêt, rendu peu de semaines après, également par la Chambre civile, n'a pas été moins discuté. On avait attribué indivisément certains biens à plusieurs héritiers, et d'autres divisément à un seul héritier. Pour accorder à l'acte, en ce qui concernait tous ces biens, l'effet déclaratif, la Cour d'appel appliquait simplement la jurisprudence d'après laquelle, en cas d'allotissement, l'effet déclaratif se produit même pour les biens restés en dehors des attributions de l'héritier alloti. A son tour, la Cour de cassation s'exprima ainsi : « Le copropriétaire de biens indivis qui sort de l'indivision non par une cession, mais par l'attribution de sa part, a droit à la garantie des lots et des soultes qui sont dues par les autres communistes, alors même que l'indivision continuerait à subsister entre ces derniers ». Et comme, d'après les constatations de la Cour

d'appel, il y avait, en fait, partage avec soulte et non pas cession de droits successifs, l'article 883 devait être appliqué, bien que l'indivision subsistât (1).

Cet arrêt adopte la même théorie que le précédent : il reconnaît que, dans le cas d'allotissement, l'effet déclaratif se produit pour tous les biens de la succession (2).

19. Mais ces arrêts ont été singulièrement mal compris par certaines Cours d'appel, qui en ont fait sortir ce qui ne s'y trouvait pas, à savoir l'idée que tout partage ou acte équivalent, passé entre tous les copropriétaires, est déclaratif, même s'il ne fait pas entièrement cesser l'indivision. Les motifs mêmes du plus ancien de ces arrêts d'appel montrent qu'il croit appliquer la doctrine formulée par l'un des derniers arrêts de la Cour de cassation : l'indivision a cessé, et, « comme l'observe judicieusement le plus récent arrêt de la Cour de cassation sur la matière (3), celle qui subsiste encore dans les rapports des adjudicataires (il s'agissait d'une licitation prononcée au profit de plusieurs cohéritiers) est une indivision nouvelle, résultant de la convention des parties, et non plus de la dévolution de la succession (4) ». La Cour d'appel reconnaît que la Cour de cassation avait été, jusqu'à son arrêt du 21 mai 1895, d'une opinion différente, mais soutient que ce dernier arrêt est revenu au système que primitivement admettait la Cour de cassation elle-même. La situation, dit-elle, est exactement la même que si un cohéritier était alloti, hypothèse où l'effet déclaratif se produit non pas seulement en ce qui concerne les biens compris dans le lot de ce cohéritier, mais encore en ce qui concerne les biens restés indivis entre les autres cohéritiers.

Il y a, dans ces considérants, une méconnaissance complète de l'évolution suivie par la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans sa première phase, cette jurisprudence n'exigeait même pas que l'acte fût passé entre tous les copropriétaires ; par conséquent, à supposer qu'elle l'exigeât dans sa dernière phase, elle ne revenait pas ainsi à sa conception primitive, et adoptait seulement un système intermédiaire entre le premier en date et le second, qui exigeait la cessation complète de l'indivision. D'autre part, il n'est pas vrai que l'arrêt auquel fait allusion la Cour d'appel ait innové sur un point quelconque ; la Chambre civile a reproduit, comme nous l'avons montré, une solution donnée déjà autrefois par la Chambre des requêtes, sur une question que la Chambre civile elle-même n'avait

(1) Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481.

(2) Nous avions à tort, dans une note sous l'arrêt au *Sirey*, attribué à cet arrêt l'intention de faire une distinction entre le partage et la cession de droits successifs.

(3) Celui du 21 mai 1895 ; la Cour de Nancy ne paraît donc pas avoir eu connaissance de celui du 26 juin 1895.

(4) Nancy, 7 juil. 1896, S. 97, 2, 123, D. 97, 2, 283.

jamais eu l'occasion de résoudre ; cette dernière chambre ne fait donc aucun revirement. Enfin, elle n'a pas donné une solution absolue, mais a visé seulement le cas d'allotissement, pour lequel il existe, au moins pratiquement, un motif spécial de décider, motif qui n'est aucunement applicable aux autres cas où l'indivision ne cesse pas, et notamment à la licitation prononcée au profit de plusieurs cohéritiers. Explicable pour le cas d'allotissement, le motif sur lequel s'appuie la Cour de cassation devient incompréhensible si on l'applique à tous les cas où l'indivision ne cesse pas; car, dire à la fois que l'indivision doit complètement cesser et qu'elle peut persister, c'est se contredire. On conçoit à la rigueur que, si l'indivision cesse pour les biens attribués à l'un des copropriétaires, les parties soient réputées l'avoir fait cesser aussi, *vis-à-vis de ce dernier*, pour les biens restés indivis entre les autres; mais on ne conçoit pas que l'indivision soit, dans tous les cas où elle ne cesse pas, considérée comme ayant pris fin.

Aussi d'autres décisions ont-elles continué à exiger la cessation complète de l'indivision (1).

20. C'est encore en s'appuyant sur la jurisprudence mal interprétée de la Cour de cassation (2) et en comprenant mal l'argument invoqué par elle, que, dans une espèce ultérieure, un tribunal de première instance déclarait la cessation de l'indivision inutile dans des termes qui, d'ailleurs, trahissent un doute sur l'exactitude de cette interprétation : « Si l'immeuble licité est resté indivis entre les deux adjudicataires pendant plusieurs années, cette indivision prolongée, qui avait sa source tant dans l'indivision primitive, successorale ou de communauté, que dans la convention des parties, n'intéressait plus que les rapports respectifs des communistes... Telle *paraît être* la solution admise par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 mai 1895 ».

La Cour d'appel, au contraire, a donné, dans la même espèce, de cette jurisprudence une interprétation très juste, en disant que l'effet déclaratif ne se produit pas lorsque, « l'immeuble étant, comme dans l'espèce, acquis conjointement par deux ou plusieurs cohéritiers, l'indivision continue à subsister entre eux, *alors que les autres cohéritiers ne sont pas allotis* » (3).

21. La Cour de cassation avait si peu modifié sa jurisprudence qu'elle a, depuis, refusé encore l'effet déclaratif à tout acte qui « ne fait pas cesser l'indivision entre les cohéritiers, soit quant à la succession elle-même, soit quant à un ou plusieurs des biens qui en dépendent » (4).

22. Tout ceci démontre cependant que le sens de la nouvelle jurispru-

---

(1) Trib. de la Seine, 15 janv. 1897, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8933 (pour le droit de transcription).

(2) Cette fois encore c'est le seul arrêt du 21 mai 1895 qu'on cite.

(3) Riom, 29 déc. 1898, S. 1902, 2, 169.

(4) Cass. req., 5 juin 1899, S. 1901, 1, 435.

dence est sujet à controverse. Ce qui le prouve mieux encore, c'est que, quelques mois après, devant la Chambre civile elle-même, cette jurisprudence a été présentée comme rompant avec les arrêts plus anciens et supprimant la nécessité d'une cessation absolue de l'indivision. Le pourvoi le soutenait; l'avocat général (1), après avoir reconnu que, jusqu'en 1887, la Cour de cassation exigeait la cessation absolue de l'indivision, continuait ainsi : « Mais nous ne sommes plus en 1887. Une évolution s'est faite en matière de partage. Elle n'a pas été toutefois absolument brusque. Trois arrêts — isolés il est vrai — ont contribué à la préparer ». Ces trois arrêts ont fait plus haut l'objet de notre examen (2). A notre avis, leur sens est différent (3).

C'est cette évolution qui, d'après l'avocat général, s'est traduite définitivement par les deux arrêts de 1895, dus à la Chambre civile. Le premier a posé le principe : « Le principe, ainsi posé, n'a plus été contredit. Il a été confirmé, au contraire, par un arrêt de votre Chambre civile du 26 juin 1895. Ce retour de jurisprudence est définitif et il faut l'approuver hautement ». On revient ainsi à la tradition du droit coutumier, et si l'effet déclaratif n'est plus destiné à soustraire le partage à la prohibition du démembrement des fiefs ou aux lods et ventes, aujourd'hui il doit être interprété aussi largement, parce que le partage est un acte, non pas volontaire, mais obligatoire et forcé.

L'avocat général reconnaissait que des arrêts antérieurs, — ceux de 1895 notamment, — ne supprimaient la nécessité de la cessation de l'indivision que pour le partage; il soutenait qu'on devait logiquement décider de même pour la licitation.

Telle était l'argumentation très précise apportée devant la Cour de cassation. Nous faisons, pour le moment, abstraction de considérations spéciales au cas de l'espèce, c'est-à-dire à l'hypothèse où la licitation est enregistrée en même temps que le partage (4). Notons seulement que, suivant nous, les arrêts de 1895 n'ont pas pour objet de déclarer inutile, en matière de partage, la cessation de l'indivision, et n'ont trait qu'à un cas particulier. Notons également aussi que, comme nous l'avons montré, en 1899 encore la Chambre des requêtes a exigé la cessation complète de l'indivision, et a montré ainsi que son arrêt de 1878, suivi en 1895 par la Chambre civile, n'avait pas le sens absolu qu'on lui a prêté.

Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle pas formulé la théorie qu'on lui demandait d'adopter : « Le partage, a-t-elle dit, est déclaratif et non attributif de propriété. La licitation d'un immeuble dépendant d'une succes-

(1) M. Fabreguettes, faisant fonctions d'avocat général.
(2) Ce sont ceux des 2 avril 1851, 25 avril 1864, 9 déc. 1878.
(3) V. *supra*, n°ˢ 13, 14 et 15.
(4) V. *infra*, n° 37.

sion et adjugé à plusieurs des cohéritiers ne constitue qu'une opération du partage lui-même, avec lequel elle se confond, lorsqu'elle est présentée à l'enregistrement simultanément... » (1). Nous reviendrons sur ce point, qui a une très grande importance (2). Un seul point doit être mis en relief actuellement. C'est que la Chambre civile s'est refusée à décider qu'un acte par lequel l'indivision ne cesse pas est déclaratif; elle a même implicitement repoussé cette solution en ne l'appliquant que dans une hypothèse particulière. Bien mieux : elle s'appuie sur ce que, par le partage, qui suivant elle se confond avec la licitation préalable, l'indivision a complètement cessé, le seul colicitant non adjudicataire ayant été loti par des valeurs mobilières, — il y avait quatre héritiers et l'adjudication était prononcée au profit de trois d'entre eux, — « de telle sorte que, conformément à l'article 883 C. civ., il est censé n'avoir jamais eu de droits sur l'immeuble licité ». C'est donc la confirmation du principe antérieurement admis, — nécessité de la cessation absolue de l'indivision, — la confirmation aussi de l'exception relative au cas particulier d'allotissement, et l'extension de cette exception à un nouveau cas, également particulier.

Il n'en est pas moins vrai que, comme nous le montrerons en étudiant cet arrêt de plus près, il manifeste une tendance très caractéristique à reconnaître peu à peu, par gradation, l'inutilité de la cessation complète de l'indivision (3).

23. C'est à quoi tend également, comme nous le montrerons, la plus récente jurisprudence de la Chambre des requêtes, bien que directement, depuis l'arrêt de la Chambre civile, elle n'ait statué que sur l'allotissement et qu'elle ait paru, comme les arrêts antérieurs rendus sur le même contrat, exiger en principe la cessation absolue de l'indivision (4). Dans l'espèce sur laquelle elle a statué, dans tous les cas, l'avocat général affirmait l'inutilité de la cessation de l'indivision. A ses yeux, l'indivision cesse toujours, dès lors que tous les cohéritiers concourent à l'acte; il y a une « indivision nouvelle », qui constitue une « novation dans la cause de l'indivision ». La cause de la première indivision « était l'ouverture de la succession et des droits de tous les successibles. La cause de la seconde, c'est la convention particulière à certains héritiers seulement ».

Et il faut encore chercher un indice des tendances de la jurisprudence dans diverses solutions de détail admises par elle, et notamment dans celle qu'elle donne à la question de savoir si la licitation au profit d'une communauté conjugale est déclarative (5).

(1) Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.
(2) V. *infra*, n° 37.
(3) V. *infra*, nos 37 à 39.
(4) Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326. V. *infra*, n° 45.
(5) V. *infra*, n° 47.

Le principe, néanmoins, reste debout encore aujourd'hui. Nous allons voir que la plupart de ses applications ont été peu à peu retirées et que celles qui demeurent encore sont destinées à disparaître dans un délai prochain.

§ 2. *Y a-t-il lieu de distinguer entre le partage, la licitation et la cession de droits successifs?*

24. Ces trois actes, — pourvu, quand il s'agit de la licitation ou de cession de droits successifs, qu'elles interviennent entre tous les copropriétaires (1) — ont tous trois pour effet de faire cesser l'indivision ou de préparer cette cessation. L'effet déclaratif doit raisonnablement s'appliquer, dans des conditions identiques, à tous les trois. C'est ce qu'avait fini par reconnaître l'ancien droit; c'est ce qui ressort également de l'art. 883 C. civ., car ce texte assimile en termes formels la licitation au partage, et, quant à la cession de droits successifs, elle n'est qu'une licitation qui, au lieu de porter sur certains des biens héréditaires, envisagés individuellement, a pour objet des droits dans la masse indivise tout entière.

Aussi, avant même le Code civil, la Cour de cassation proclamait-elle que l'effet déclaratif est attaché à la licitation (2). La même solution a été admise sous le Code civil (3).

Par suite, lorsque la jurisprudence n'exigeait pas la cessation de l'indivision pour le partage, elle ne l'exigeait pas davantage pour la licitation (4).

25. De même, dès l'origine, et avant le Code civil, les conditions de l'effet déclaratif sont reconnues être les mêmes pour la cession de droits successifs que pour le partage. C'est en termes absolus que les arrêts, à propos de la cession de droits successifs, attribuent l'effet déclaratif à « tout premier acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre plusieurs copropriétaires » (5), ou à « tout premier acte entre cohéritiers » (6). Cela a été également admis depuis le Code civil (7).

(1) Le partage intervient nécessairement entre tous les copropriétaires; il en est, du reste, en fait, toujours de même pour la licitation; car on ne conçoit pas qu'un héritier cède à l'un de ses cohéritiers sa part dans l'un des immeubles héréditaires, cet immeuble pouvant être attribué par le partage à un troisième cohéritier.

(2) Cass., 14 brumaire an IX, S. chron.

(3) Paris, 2 mars 1812, S. chron.; Paris, 21 mai 1816 (sol. implic.), S. chron.; Cass. civ., 24 mars 1823, S. chron.; Besançon, 25 juin 1828, S. chron.; Paris, 11 avril 1830, S. chron.; Bordeaux, 15 mars 1833, S. 34, 2, 22.

(4) Paris, 16 avril 1821, S. chron.

(5) Bordeaux, 25 pluviôse an X, S. chron.

(6) Cass. req., 3 mars 1807, S. chron. — V. aussi Cass. req., 25 janvier 1809, S. chron. (sol. implic.) et surtout, très explicitement, Paris, 11 janvier 1808, rapporté avec ce dernier arrêt.

(7) Montpellier, 19 juillet 1828, S. chron., Dall., Rép., v° Succ., n° 2128.

La question fut quelquefois soulevée directement. On soutenait que l'art. 883 s'applique au partage seul, et non pas à la cession de droits successifs ; les arrêts répondent que la cession de droits successifs est un acte équivalent au partage (1).

C'est même à propos de la cession de droits successifs, et non pas du partage en nature, que la Chambre civile exigea pour la première fois la cessation absolue de l'indivision, en se fondant d'ailleurs, pour cette fois, sur des considérations de fait (2).

Le second arrêt rendu dans le même sens est relatif à la licitation (3) ; il est beaucoup plus net que le précédent, et place sur le même pied tous les « actes passés entre les copropriétaires ». Il a été suivi d'autres décisions conçues en termes également absolus (4).

Il en est même qui déclarent l'art. 883 applicable aux « actes qui y sont énoncés » et qui font cesser complètement l'indivision (5) ; d'autres disent que la cession de droits successifs a l'effet déclaratif dans le cas seulement où elle fait cesser complètement l'indivision, parce qu'alors « elle cache un partage » (6), ou que l'art 883 s'applique à tout acte intervenu « entre tous les cohéritiers dans un intérêt commun » (7).

26. C'est encore à propos d'une cession de droits successifs que la Cour de cassation restreint l'effet déclaratif au cas où « l'un des autres cohéritiers, devenu, par l'effet *d'un partage ou d'une licitation*, seul propriétaire des immeubles, est censé avoir succédé seul et immédiatement à ces immeubles » ; en conséquence, l'effet déclaratif est refusé à une cession de droits successifs faite par l'un des cohéritiers à tous les autres (8).

La question a, d'ailleurs, été très nettement agitée devant la Chambre civile, et formellement résolue par elle dans une espèce où, soutenant (à tort d'ailleurs) que la Cour de cassation n'avait jusqu'alors eu l'occasion d'exiger la cessation de l'indivision que pour les partages et les cessions de droits dans un immeuble particulier, on cherchait à lui faire déclarer que cette condition n'est pas exigée dans la cession de droits successifs. La Chambre civile répondit que les seuls actes qui, quelle que soit leur qualification, ont pour objet de faire cesser l'indivision, bénéficient de

(1) Nîmes, 25 janvier ou février 1819, S. chron.

(2) Cass civ., 4 février 1822, S. chron. — V. sur cet arrêt, *supra*, n° 9.

(3) Cass. civ., 16 janvier 1827, S. chron., Dall., Rép., v° Enreg., n° 2652.

(4) Cass. req., 18 mars 1829, S. chron. (pour l'acquisition amiable des droits de certains copropriétaires) : Cass. civ., 24 août 1829, S. chron. (vente de droits par certains copropriétaires à l'un des autres) ; Cass. civ., 15 décembre 1832, S. 33, 1, 394.

(5) Cass. civ. 27 décembre 1830, S. chron., Dall., Rép., v° Enreg., n° 2652 (il s'agissait encore d'une cession de droits successifs) ; Cass. civ., 31 janvier 1832, S. 32, 1, 160, Dall., Rép., v° Enreg, n° 2653 (id.).

(6) Montpellier, 6 mai 1831, S. 31, 2, 278.

(7) Lyon, 21 décembre 1831, S. 32, 2, 274.

(8) Cass. civ., 16 mai 1832, S. 32, 1, 602.

l'effet déclaratif, et qu'à cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer entre la vente d'une part indivise dans un immeuble et la cession de droits successifs. Cette dernière, comme tous les autres actes, n'est pas soumise à l'art. 883, quand « elle ne fait pas cesser l'indivision entre les héritiers » (1).

27. A la vérité, cette opinion ne l'emporta pas d'un coup, et une distinction fut proposée. On voit une Cour d'appel, pour refuser l'effet déclaratif à une licitation prononcée au profit de plusieurs cohéritiers, constater que la succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire; que la licitation était, en fait, un mode de payer les créanciers; que, si la vente est poursuivie, en vue de ce payement, par tous les héritiers, conformément à l'art. 987 C. proc., elle est une vente et n'a pas l'effet déclaratif; qu'il doit en être de même quand la vente est poursuivie par l'un des héritiers; qu'en conséquence, il n'y a pas d'effet déclaratif (2). Cette distinction, basée sur *le but* poursuivi par les copartageants, refusait, au moins en certains cas, à la licitation l'effet déclaratif, sans faire d'exception pour le cas où l'indivision cessait (bien qu'elle ne cessât pas dans l'espèce). Mais elle fut repoussée catégoriquement par la Cour de cassation, qui, tout en rejetant le pourvoi, décida que tous les actes faisant cesser l'indivision, et eux seuls, jouissaient de l'effet déclaratif (3). La Cour de cassation, à plusieurs reprises, reproduit cette solution à propos de la licitation, toujours en invoquant des motifs généraux, et en parlant de tous les actes qui font cesser l'indivision (4).

La même solution résulte des arrêts qui déclarent le droit de transcription exigible sur les acquisitions, faites par plusieurs cohéritiers, des droits indivis des autres cohéritiers dans les immeubles (5).

Les Cours d'appel ont suivi cette assimilation (6).

L'une d'elles cependant soustrait la licitation à l'effet déclaratif, même

(1) Cass. civ., 6 nov. 1832, S. 33, 1, 66, Dall., Rép., v° Enreg., n° 2654.

(2) Paris, 30 août 1834, sous Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341, Dall., Rép., v° Vente publ. d'imm., n° 1883.

(3) Cass. req., 27 mai 1835, précité. — C'est en ce sens que l'arrêt a été toujours interprété. V. les conclusions précitées de M. Fabreguettes.

(4) Cass. civ., 13 août 1838, S. 38, 1, 701; Cass. req., 3 déc. 1839, S. 39, 1, 903, Dall., Rép., v° Succ., n° 2122, 3°; Cass. civ., 6 mai 1844, S. 44, 1, 596, Dall., Rép., v° Succ., n° 2122, 3°; Cass. civ., 27 janv. 1857, S. 57, 1, 665 (relatif à la question de savoir si la licitation au profit du cessionnaire des droits d'un héritier a l'effet déclaratif).

(5) Cass. Ch. réun., 19 déc. 1845, S. 46, 1, 113; Cass. civ., 11 févr. 1846, S. 46, 1, 113; Cass. civ., 21 juin 1848, S. 48, 1, 638; Cass. civ., 12 juill. 1848, S. 48, 1, 662; Cass. civ., 29 nov. 1848, S. 49, 1, 270; Cass. civ., 10 juin 1850, S. 50, 1, 682; Cass. civ., 26 août 1850, S. 50, 1, 681; Cass. civ., 26 févr. 1851, S. 51, 1, 416; Cass. req., 18 mai 1858, S. 58, 1, 656.

(6) Paris, 15 févr. 1844, sous Cass. req., 10 juin 1845, S. 45, 1, 808.

si elle est prononcée au profit d'un héritier, dès lors que des étrangers étaient admis à enchérir (1). Mais cette distinction, empruntée à d'anciens arrêts de Parlements, lesquels n'avaient pas fait jurisprudence, n'a jamais été acceptée, et n'a même pas été reproduite.

28. Ce qu'on trouve dans un arrêt isolé, c'est une distinction beaucoup plus radicale : une cession de droits successifs ou une licitation amiable seraient, alors même qu'elles feraient cesser l'indivision, soustraites à l'application de l'art. 883. Il y a un prix stipulé, donc il y a vente ; l'art. 883 vise exclusivement l'hypothèse où chacun des copropriétaires reçoit des biens en nature (2). Cette théorie était trop contraire aux termes mêmes de l'art. 883 pour être émise sans restriction ; que devient le mot de *licitation* employé par ce texte ? Aussi ajoutait-on que la vente aux enchères de biens indivis, réalisée au profit d'un copropriétaire, était assimilée au partage, parce que la mise en vente a eu alors pour motif l'impossibilité de partager.

Tout à fait contraire, tant au sens habituel et actuel du mot *licitation*, qu'à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui n'a jamais distingué entre la licitation et la cession de droits successifs, entre la licitation amiable et l'adjudication, cet arrêt n'a trouvé aucun écho. Il était d'ailleurs singulier de rechercher le but des copropriétaires dans la forme adoptée : une licitation amiable peut être effectuée et est souvent effectuée à raison de l'impossibilité de procéder à un partage, et il arrive fréquemment qu'une vente aux enchères de biens indivis soit faite, non à raison de l'impossibilité de partager, mais pour payer les dettes héréditaires ou pour tout autre motif.

Aussi, lorsque la question de savoir s'il y a lieu de distinguer entre les actes volontaires et les actes judiciaires s'est posée directement, elle a toujours été résolue négativement (3) ; c'est en ce sens qu'elle a été tranchée implicitement par tous les arrêts (4).

29. Un arrêt rendu, en 1845, par la Chambre des requêtes, pourrait être interprété comme n'exigeant plus, au moins dans la licitation, la cessation de l'indivision ; nous avons vu qu'il n'a pas cette signification (5) ; en tout cas, rien ne permet de soutenir qu'il ait voulu distinguer entre la licitation et les autres actes.

La Chambre des requêtes s'est d'ailleurs prononcée en faveur de l'assimilation, dans son arrêt bien connu du 8 février 1875 (6). « La licitation

---

(1) Nîmes, 2 août 1838, S. 39, 2, 102.
(2) Toulouse, 14 déc. 1850, S. 51, 2, 102.
(3) Riom, 17 août 1853, sous Cass. civ., 29 mars 1854, S. 56, 1, 49.
(4) V. encore *infra*, n° 33.
(5) Cass. req., 10 juin 1845. — V. *supra*, n° 11.
(6) S. 75, 1, 449, D. 76, 1, 370. — V. en faveur de cette interprétation, qui n'était

n'est assimilée au partage et ne revêt *comme lui* le caractère déclaratif qu'autant qu'elle a pour effet de faire cesser à l'égard de toutes les parties colicitantes l'indivision de l'héritage qui en est l'objet, par l'adjudication de cet héritage à l'une d'elles seulement. Par conséquent, l'art. 883 est sans application, soit que l'indivision persiste après la licitation entre quelques-uns des communistes, soit que... »

On a cependant soutenu récemment que l'arrêt de 1875 s'explique par le fait que, dans l'espèce, il s'agissait d'une vente (1), et que la Cour de cassation n'a pas eu la pensée d'exiger, pour le partage proprement dit, la cessation de l'indivision. Cette interprétation nous paraît difficile à accepter ; car d'abord l'arrêt vise simplement une licitation sans dire qu'elle ait eu, dans l'intention des parties, le caractère d'une vente ; ensuite il a soin d'assimiler en termes absolus l'acte de l'espèce à un partage, et de dire que l'effet déclaratif de ce dernier contrat est subordonné à la cessation complète de l'indivision.

30. Si un arrêt de Cour d'appel n'exige pas, pour la licitation, la cessation de l'indivision, c'est qu'il ne l'exige pas davantage pour le partage, et prétend interpréter l'art. 883 (2). Et, en rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation, en 1878, constate que l'art. 883 « assimile la licitation au partage », et que l'effet déclaratif suppose que l'acte « rompt la communauté par un partage réel ou par un acte équivalent » (3). A la vérité, cet arrêt constate qu'en fait l'acte n'était pas une cession de droits successifs, mais un allotissement, et applique en conséquence l'effet déclaratif; mais ce considérant n'a pas pour objet de faire une distinction entre le partage et tout autre acte, puisqu'au contraire tous les actes équivalents au partage sont assimilés par l'arrêt; la Chambre des requêtes veut dire simplement, — ce qui est d'une vérité évidente, — que la cession de droits successifs n'est pas nécessairement un partage déclaratif.

Rapproché de certains arrêts ultérieurs, cet arrêt de 1878 a, dans une partie de la doctrine, pris une portée considérable; on a soutenu qu'il cessait d'exiger la cessation de l'indivision dans le partage proprement dit, continuant à l'exiger pour la cession de droits successifs (4). Cette opinion aurait été acceptée par la Chambre civile, dans un arrêt du 19 mai 1886 (5).

---

pas contestée jusqu'à ces derniers temps, les conclusions précitées de M. l'avocat général Fabreguettes.

(1) V. les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, sous Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326.

(2) Bourges, 12 janvier 1878, S. 78, 2, 131, D. 79, 2, 85.

(3) Cass. req., 9 décembre 1878, S. 79, 1, 404, D. 79, 1, 299.

(4) V. Demante, note sous Cass. civ., 19 mai 1886, S. 87, 1, 113. — V. aussi les conclusions précitées de M. l'avocat général Feuilloley.

(5) Précité.

Mais, à supposer même que l'arrêt rendu par la Chambre des requêtes en 1878 eût pour but de supprimer, dans le partage, la cessation de l'indivision comme condition de l'effet déclaratif, il est certain que la Chambre civile, en 1886, n'a pas adopté cette opinion. Elle exige d'une manière absolue la cessation de l'indivision; et, bien qu'il ne s'agisse en fait que d'une cession de droits successifs, elle ne prononce pas un mot qui puisse être interprété en faveur d'une distinction. On pourrait donc tout au plus relever une contradiction entre les deux chambres de la Cour de cassation. Mais cette contradiction même n'existe pas. La Chambre des requêtes, nous l'avons dit, n'a statué que sur l'allotissement, et la seule solution de principe que contienne son arrêt est que les biens dont l'un des héritiers est alloti sont soumis à l'effet déclaratif, ce qui n'a jamais été contesté par la Chambre civile. — C'est ainsi que l'arrêt de 1886 a été interprété devant la Chambre civile elle-même (1).

La preuve, d'ailleurs, que la Chambre des requêtes elle-même n'a pas entendu établir de distinction, c'est que, quelques années après, en décidant que, pour la cession de droits successifs, la cessation absolue de l'indivision est une condition de l'effet déclaratif, elle formule cette théorie pour « le partage, la licitation, ou tout acte équivalant à partage » (2).

31. En tous cas, c'est un peu plus tard, à propos d'une licitation, que la Chambre civile s'exprime ainsi : « L'effet déclaratif n'est attaché qu'aux partages qui font complètement cesser l'indivision entre tous les ayants droit » (3).

Peu de temps après elle reconnaissait à une licitation l'effet déclaratif, parce qu'elle « faisait cesser l'indivision » (4), et elle reconnaissait également l'effet déclaratif toutes les fois « que les propriétaires par indivis d'immeubles font cesser cette indivision *par un partage ou une licitation* qui attribue à l'un d'eux les objets qu'ils possédaient indivisément » (5). C'est également à propos d'une licitation qu'elle disait l'art. 883 applicable à « tous partages faisant cesser définitivement l'indivision entre tous les communistes » (6). Un autre arrêt refuse l'effet déclaratif à l'adjudication

(1) V. les conclusions de M. Fabreguettes sous Cass. civ., 12 mars 1900, précité. — V. en sens contraire, devant la Chambre des requêtes, les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, sous Cass., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326.

(2) Cass. req., 3 décembre 1890, S. 91, 1, 417. — On a imputé la même doctrine à Cass. req., 16 février 1887, S. 88, 1, 257 (V. les conclusions précitées de M. Fabreguettes). La question ne nous paraît avoir été résolue que par la Cour d'appel.

(3) Cass. civ., 23 avril 1884, S. 84, 1, 207, D. 85, 1, 119.

(4) Cass. civ., 28 décembre 1886, S. 87, 1, 213. — En réalité, il s'agissait d'une dation de biens indivis en paiement (délivrance de legs) ; mais c'est bien là juridiquement une licitation, comme la dation en paiement constituant une aliénation de propriété est juridiquement une vente.

(5) Cass. civ., 14 décembre 1887, S. 89, 1, 193.

(6) Cass. req., 16 avril 1888, S. 88, 1, 216.

prononcée au profit d'un colicitant et d'un tiers, en disant : « Ledit acte n'était autre qu'une licitation, laquelle n'eût pu être assimilée au partage et revêtir comme lui le caractère déclaratif que si elle avait eu pour résultat de faire cesser, à l'égard de toutes les parties contractantes, l'indivision de l'immeuble qui en était l'objet, par l'adjudication de cet immeuble à l'une d'entre elles seulement » (1).

La Chambre des requêtes, elle aussi, persiste à assimiler entièrement la licitation au partage (2).

Les Cours d'appel ont également continué à exiger, pour la licitation, la cessation absolue de l'indivision (3); à peine rencontre-t-on un arrêt qui donne la solution contraire pour le cas où la licitation est le préliminaire du partage, et a pour objet de transformer en argent un immeuble impartageable, sur l'ordre du tribunal, et après qu'une action en partage a été intentée (4).

32. La même solution est reproduite pour la cession de droits successifs (5).

La Chambre civile tout récemment encore continue à formuler, pour la cession de droits successifs, le même principe (6).

33. Une distinction cependant a été proposée pour l'adjudication : elle ne serait pas susceptible de produire l'effet déclaratif dans le cas où, au lieu d'intervenir sur la demande des héritiers, pour mettre fin à l'indivi-

---

(1) Cass. civ., 17 novembre 1890, S. 94, 1, 399, D. 91, 1, 23. Cependant, M. l'avocat général Feuilloley, dans les conclusions précitées, dit que cet arrêt n'a voulu parler que de vente.

(2) Cass. req., 3 décembre 1890 S. 91, 1, 417 (motifs). M. l'avocat général Feuilloley (conclusions précitées) considère cependant que cet arrêt veut exiger la cessation de l'indivision seulement pour la cession de droits successifs. — Il lui attribue en outre peu d'autorité, comme ayant été rendu « en matière fiscale ». Ce n'est pas en matière fiscale que l'arrêt a été rendu, puisqu'il a pour objet le *droit de transcription*, c'est-à-dire l'examen du point de savoir si un acte est, ou non, une mutation sujette à transcription en droit civil.

(3) Aix, 30 avril 1885, sous Cass. req., 16 février 1887, S. 88, 1, 257; Poitiers, 10 juillet 1889, S. 91, 2, 110; Dijon, 11 juillet 1889, *Gaz. du Pal.*, 89, 2, 626; Pau, 14 décembre 1889, S. 91, 2, 49 (motifs).

(4) Bordeaux, 24 décembre 1889, S. 91, 2, 110, D. 90, 2, 182.

(5) Cass. req., 28 décembre 1840, S. 41, 1, 204, Dall., Rép., v° Succ., n° 2126; Cass. civ., 19 janvier 1841, S. 41, 1, 375, Dall., Rép., v° Succ., n° 2128; Cass. req., 24 janvier 1844, S. 44, 1, 116; Bourges, 26 janvier 1844, S. 45, 2, 426; Limoges, 14 février 1845, S. 45, 2, 641; Toulouse, 16 mai 1846, S. 46, 2, 297; Cass. civ., 30 mai 1854, S. 54, 1, 461; Grenoble, 4 janvier 1853, S. 53, 2, 580; Montpellier, 9 juin 1853, S. 53, 2, 406; Lyon, 29 juillet 1853, S. 53, 2, 581; Cass. civ., 7 août 1855, S. 56, 1, 349; Cass. civ., 10 novembre 1862, S. 63, 1, 129 (cet arrêt attache l'effet déclaratif à la cession de droits successifs consentie à deux héritiers, mais par suite d'une erreur matérielle, car il dit que l'acte a fait « cesser l'indivision entre tous les héritiers »); Lyon, 1er mars 1865, S. 65, 2, 166; Alger, 16 novembre 1866, sous Cass., 22 janvier 1868, S. 68, 1, 209; Limoges, 29 décembre 1868, S. 69, 2, 255; Paris, 10 août 1882, *Gaz. Pal.*, 83, 1, 298.

(6) Cass. civ., 4 mars 1891, S. 94, 1, 411.

sion, elle serait la suite d'une expropriation forcée pratiquée par les créanciers héréditaires; dans ce cas, l'adjudication « ne saurait être considérée comme une opération du partage » (1). Jamais cette distinction n'a été adoptée par la Cour de cassation (2); elle confond le *but* avec l'*effet*, et restreint faussement l'effet déclaratif aux actes intervenus *avec le dessein* de faire cesser l'indivision. Elle n'aurait sans doute pas été proposée sans les circonstances toutes spéciales qui se rencontraient dans la cause (3).

34. Mais, depuis quelques années, un mouvement nouveau s'est produit qui tend, sans y avoir encore abouti, à cesser d'exiger dans la licitation, — et aussi certainement dans la cession de droits successifs, — la cessation de l'indivision. Une Cour d'appel a commencé par décider que si la licitation prononcée au profit de deux copropriétaires indivisément ne suffit pas à produire l'effet déclaratif, l'effet déclaratif se produit lors du partage ultérieur du prix et de son attribution aux colicitants adjudicataires ; désormais, les droits réels provenant des colicitants non adjudicataires sont réputés n'avoir jamais existé : l'indivision a cessé à partir de ce moment (4). — En réalité, cette attribution ultérieure du prix n'empêche pas que l'indivision de l'immeuble a persisté. Or, ce sont des immeubles qui étaient grevés des hypothèques. On trouvait autrefois inadmissible que les hypothèques provenant des colicitants non adjudicataires disparussent malgré le maintien de l'indivision entre les adjudicataires, parce que l'indivision est susceptible de se dénouer définitivement au profit d'une personne étrangère à cette indivision, et qu'ainsi, en dégageant l'immeuble des hypothèques, on s'expose à le dégager en dernière analyse au profit non pas d'un copropriétaire, mais d'un étranger, et d'attacher l'effet déclaratif à un acte préparatoire d'une vente. Cette considération garde toute sa valeur malgré le partage du prix et même malgré l'attribution du prix aux colicitants. L'argument de texte que la Cour de cassation, en faveur de la nécessité de la cessation absolue de l'indivision, tirait des termes de l'art. 883 conserve également toute son importance en pareil cas : on ne rencontre pas un héritier unique recevant dans son lot la totalité de l'immeuble.

Cette confusion, faite par l'arrêt que nous signalons, entre l'attribution exclusive de l'immeuble à l'un des copropriétaires et le partage du prix,

(1) Lyon, 16 juillet 1881, S. 82, 2, 237.

(2) V. notamment (il s'agissait d'une expropriation forcée, suivie d'une adjudication au profit d'un tiers, et à laquelle la Cour de cassation a reconnu l'effet déclaratif) Cass. req., 22 février 1881, S. 84, 1, 117.

(3) La saisie était pratiquée par une femme créancière de ses reprises après séparation de biens; cette femme invoquait son hypothèque légale vis-à-vis d'un créancier envers lequel le mari s'était engagé durant la communauté, et qui avait fait inscrire une hypothèque judiciaire.

(4) Besançon, 23 déc. 1891, S. 92, 2, 238, D. 92, 2, 289.

est d'autant plus notable qu'elle coïncide avec l'abandon, fait par la Cour de cassation, d'une confusion semblable admise autrefois pour la licitation dénouée au profit d'un étranger : il y avait très peu d'années que la Chambre civile avait rompu avec la jurisprudence d'après laquelle l'adjudication au profit d'un étranger, suivie de l'attribution du prix à l'un des colicitants, faisait disparaître les hypothèques provenant des autres (1).

Aussi cet arrêt doit-il être signalé surtout comme préparant une nouvelle évolution de la jurisprudence en matière de licitation : il manifestait chez les juges le désir d'arriver à supprimer la cessation de l'indivision dans la licitation, comme condition de l'effet déclaratif.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, ne s'est pas approprié immédiatement la théorie. Remarquant que, dans l'espèce, deux colicitants étaient adjudicataires de l'immeuble copartageant, que le prix de l'adjudication leur avait été attribué pour leurs droits, et que (suivant les constatations qu'elle fait) les autres copropriétaires avaient été allotis en nature, c'est-à-dire avaient gardé les autres biens, la Chambre civile décide que sur les biens adjugés les droits réels provenant du chef des autres copropriétaires n'ont aucun effet (2). C'est, comme nous l'avons vu, une solution spéciale au cas d'allotissement, et conforme à un arrêt antérieur de la Chambre des requêtes. La Chambre civile ne dit pas qu'en matière de licitation la cessation absolue de l'indivision ne soit pas une condition de l'effet déclaratif; elle dit même, comme nous l'avons montré, le contraire (3); elle prétend seulement que si un cohéritier non adjudicataire est alloti, les hypothèques provenant de ce cohéritier ne frappent pas les immeubles licités, parce que, *dans ce cas*, l'indivision subsistant entre les adjudicataires a une cause nouvelle, et que l'indivision originaire est réputée avoir cessé entre tous les copropriétaires (4).

Il faut interpréter de même un arrêt postérieur au précédent de quelques semaines et qui, mais sans en donner de motifs, décide encore que, dans le cas d'allotissement, l'effet déclaratif se produit, même pour les biens restés indivis entre les héritiers non allotis (5). Cet arrêt remarque, il est vrai, que si le copartageant, au lieu d'être alloti, avait cédé ses droits successifs à ses cohéritiers entre lesquels les biens héréditaires seraient restés indivis, l'effet déclaratif ne se serait pas produit en ce qui concerne ces biens. Ceci n'implique aucunement une distinction entre le partage

(1) V. *infra*, nos 75 et suiv.

(2) Cass. civ., 21 mai 1895, S. 95, 1, 350, D. 96, 1, 9.

(3) V. *supra*, n° 17.

(4) On a interprété cet arrêt comme supprimant la nécessité de la cessation de l'indivision dans le partage proprement dit, et aussi dans la licitation suivie du partage du prix. Binet, *Rev. crit. de législ.*, 1896, p. 331. L'arrêt ne fait en aucune manière apparaître ces solutions.

(5) Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481. — V. sur cet arrêt, *supra*, n° 18.

proprement dit et la cession de droits successifs ; la Cour de cassation veut dire simplement que la cessation de l'indivision est toujours nécessaire, mais que dans le cas où l'effet déclaratif se produit par l'attribution privative de certains biens à l'un des copropriétaires, — ce qui suppose un allotissement, c'est-à-dire un partage proprement dit, — il se produit aussi pour les biens restés indivis entre les autres copropriétaires.

Enfin la Chambre civile a rendu, à propos de la licitation jointe au partage, un nouvel arrêt dans lequel, à l'exemple du plus ancien des deux arrêts précédents, elle justifie, par la formation d'une indivision nouvelle, l'effet déclaratif qu'elle attribue à l'acte contenant allotissement (1).

35. D'autres arrêts ont cependant continué à admettre que la licitation doit, pour produire l'effet déclaratif, faire cesser complètement l'indivision (2).

Si, en sens inverse, à la suite des derniers arrêts de la Cour de cassation, certaines Cours d'appel ont cru pouvoir décider que la licitation qui ne fait pas cesser l'indivision est déclarative, elles émettent un principe absolu, appliqué également par elles au partage (3).

36. Les divers arrêts relatifs à l'allotissement dont nous avons déjà parlé, et dont nous reparlerons, ont été présentés devant la Cour de cassation elle-même, avec une grande autorité, comme supprimant la nécessité de la cessation complète de l'indivision dans le partage proprement dit, et ne la supprimant ni dans la licitation, ni dans la cession de droits successifs (4), et on a demandé à la Cour de cassation d'unifier sa jurisprudence en étendant cette solution, sinon à la cession de droits successifs, du moins à la licitation. Nous n'avons plus à montrer que les arrêts antérieurs ne suppriment pas, même dans le partage proprement dit, la nécessité de la cessation de l'indivision. La Cour de cassation ne l'a pas davantage supprimée dans la licitation; elle a, au contraire, reconnu que, dans les deux catégories d'actes, cette condition reste nécessaire et ne l'a abrogée que pour un cas très particulier, quoique très fréquent en pratique (5).

D'autre part, il y a quelques mois à peine, on développait, devant la Chambre des requêtes (6), l'idée que la Cour de cassation n'a jamais exigé

---

(1) Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369. — V. sur cet arrêt, *supra*, n° 22.

(2) Grenoble, 20 janv. 1893, S. 93, 2, 265 (motifs) ; Trib. de la Seine, 5 mai 1893, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8251 ; Trib. de la Seine, 15 janv. 1897, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8933 ; Riom, 29 déc. 1898, S. 1902, 2, 169.

(3) Nancy, 7 juillet 1896, S. 97, 2, 123.

(4) V. les conclusions de M. Fabreguettes, faisant fonctions d'avocat général, sous Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.

(5) V. *supra*, n°s 17 et suiv. et *infra*, n°s 45 et suiv.

(6) V. les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, sous Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326.



la cessation absolue de l'indivision, sauf pour la cession de droits successifs, et on a donné, avec beaucoup d'ingéniosité, des différents arrêts qui paraissent contredire cette thèse, une explication qui les concilie avec elle (1). Nous avons commenté chacun de ces arrêts avec assez de détails pour n'avoir pas à y revenir. Nous avons montré que, pour tous les actes entre cohéritiers, ils exigent l'effet déclaratif, que d'autres arrêts encore sont tout à fait explicites.

37. La question de savoir si l'effet déclaratif se produit, en cas de licitation, alors même que le partage dans lequel est réparti le prix de la licitation est présenté à l'enregistrement en même temps que la licitation elle-même, et que, par ce partage, le prix tout entier est distribué entre les colicitants acquéreurs ou adjudicataires, a été agitée à diverses époques. La Cour de cassation avait autrefois été sollicitée de décider qu'en pareil cas, le droit de transcription n'est pas dû sur la licitation ; elle avait refusé avec raison d'entrer dans cette voie. Le droit de transcription est dû toutes les fois que la transcription présente une utilité pour les parties; par cela même que la licitation, qui ne fait pas cesser l'indivision, constitue une mutation de propriété, elle doit, pour être opposable aux tiers, être transcrite; or, elle constitue une mutation de propriété, même si le prix est attribué aux colicitants, l'indivision subsistant en ce qui concerne l'immeuble (2).

Lorsque, tout récemment, la question s'est reproduite, à propos du droit de transcription, elle a été tranchée dans le même sens par un jugement (3), mais en sens contraire par un autre (4).

Le pourvoi formé contre le premier de ces jugements a provoqué, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, sur la question de savoir si la licitation qui laisse subsister l'indivision est déclarative, non pas un revirement complet, du moins une importante atténuation. Il s'agissait d'une adjudication sur licitation prononcée au profit de trois des quatre propriétaires. L'indivision ne cessant pas, l'administration de l'enregistrement soutenait que l'acte n'était pas déclaratif, que, par conséquent, il était sujet à transcription, et que le droit de transcription était ainsi exigible.

Mais l'acte avait été suivi d'un partage, dans lequel le prix de l'adjudication avait été attribué par tiers aux trois adjudicataires, le quatrième colicitant étant alloti en valeurs mobilières héréditaires. La licitation

(1) Ceux des 8 mars 1875, 19 mai 1886, 17 nov. 1890, 3 déc. 1890, 4 mars 1891, 23 avril 1884.

(2) Cass. civ., 26 févr. 1851, S. 51, 1, 416.

(3) Trib. de la Seine, 15 janv. 1897, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8933. — Ce jugement a été cassé par l'arrêt du 12 mars 1900, cité plus loin.

(4) Trib. de Marseille, 1er août 1899, *Journ. de l'Enreg.*, n° 26037.

et le partage avaient été simultanément présentés à l'enregistrement.

Une jurisprudence qu'il suffit de signaler ici décide qu'en pareil cas, le droit de *mutation* établi par un texte spécial de la loi fiscale sur les licitations, — même quand elles font cesser l'indivision, — n'est pas exigible, la licitation et le partage se confondant dans une seule et même opération, et la licitation étant « un acte d'exécution du partage » (1). C'était déjà là une jurisprudence d'équité. Elle était entièrement étrangère à l'effet déclaratif du partage, puisqu'elle s'appliquait à un acte, qui, au point de vue fiscal, est considéré comme une mutation, même dans le cas où il est déclaratif au point de vue civil.

Dans des conclusions très habiles, l'avocat général réclamait l'extension de cette jurisprudence au droit de transcription. La Cour de cassation s'exprime ainsi : « La licitation d'un immeuble dépendant d'une succession et adjugé à plusieurs des cohéritiers, ne constitue qu'une opération du partage lui-même, avec lequel elle se confond, lorsqu'elle est présentée à la formalité de l'enregistrement simultanément avec l'acte de partage, qui comprend, dans la masse partageable, le prix dudit immeuble, et règle, d'une manière définitive, les droits de tous les héritiers ; ces deux actes forment, par leur réunion, une convention unique, qui, ayant un effet purement déclaratif, n'est pas de nature à être transcrite et ne saurait, par suite, donner ouverture au droit de transcription ». En effet, ajoute la Cour de cassation, le quatrième cohéritier est loti par des valeurs mobilières de la succession, de telle sorte que, conformément à l'art. 883 C. civ., il est censé n'avoir jamais eu de droits sur l'immeuble licité. La circonstance que les héritiers adjudicataires ont conservé la propriété indivise de l'immeuble n'a pas empêché le partage, avec lequel la licitation s'est confondue, de produire ses conséquences légales, puisque l'indivision nouvelle existant entre eux a sa cause, non plus dans la dévolution héréditaire, mais bien dans leur accord particulier (2).

Au point de vue doctrinal, les principes contenus dans cet arrêt peuvent être combattus. Il n'y a aucun rapport entre le droit de mutation, auquel s'appliquaient des arrêts antérieurs, et le droit de transcription. Le premier, comme nous l'avons dit, a un caractère purement fiscal, et les conditions de sa perception sont tout à fait étrangères à l'effet déclaratif ; le second est dû dans les cas seuls, et dans tous les cas, où la transcription est nécessaire, c'est-à-dire où l'effet déclaratif ne se produit pas. Or la licitation, qu'elle soit ou non une opération du partage, a toujours la même nature juridique : elle est déclarative, suivant la Cour de cassation

(1) V. Cass. (ch. réun.), 12 juill. 1870, S. 70, 1, 405 ; Cass. civ., 22 juill. 1872, S. 72, 1, 248 ; Cass. req., 7 mars 1893, S. 94, 1, 41, et notre note.

(2) Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.

elle-même, si elle fait cesser l'indivision, et ne l'est pas dans le cas contraire. Le partage ne peut modifier la nature juridique de la licitation, car la licitation a eu pour objet un bien héréditaire, et le partage a pour objet le prix, c'est-à-dire un objet étranger à la succession : c'est ce qu'a reconnu, dans sa dernière jurisprudence, la Cour de cassation, à propos de la licitation dévolue au profit d'un étranger, puisqu'elle a décidé que, sans avoir égard à la distribution du prix de cette licitation entre les copropriétaires, on doit refuser à l'acte le caractère déclaratif (1). Il y a donc contradiction entre cette dernière jurisprudence et celle qu'inaugure le nouvel arrêt de la Cour de cassation.

Ce nouvel arrêt contient ou provoque des distinctions singulières.

D'abord une distinction entre l'adjudication sur licitation, d'une part, et, d'autre part, la licitation amiable et la cession de droits successifs. Dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu à un partage ultérieur du prix, puisque le prix, calculé seulement sur les parts transmises, et non pas, comme en cas d'adjudication, sur la valeur totale de l'immeuble, est entièrement versé aux colicitants vendeurs.

Distinction, ensuite, entre le cas où la licitation est présentée à l'enregistrement en même temps que le partage, et le cas où elle y est présentée avant lui. Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation ne paraît pas reconnaître à la licitation l'effet déclaratif. Et cependant ce n'est pas d'une question d'enregistrement, c'est d'une question de droit civil, à laquelle l'époque de l'enregistrement doit rester étrangère, qu'il s'agit.

Beaucoup d'autres objections pourraient être dirigées contre l'arrêt (2). Mais plus il soulève de controverses, plus est notable l'indice qu'il fournit des tendances de la Cour de cassation à étendre l'effet déclaratif et à restreindre l'application du principe d'après lequel la cessation de l'indivision est une condition de l'effet déclaratif. L'arrêt de 1900 est peut-être celui qui fait présager le plus sûrement quel sera le sens définitif de la jurisprudence.

38. Des deux distinctions que nous avons indiquées, en effet, on peut affirmer que la seconde ne sera pas acceptée par la Cour de cassation. Lors surtout que la question se posera à propos non plus des droits d'enregistrement, mais du maintien des hypothèques, la Cour de cassation estimera inadmissible une distinction basée sur l'époque de l'enregistrement (3).

Quant à la première distinction, elle est également irrationnelle et il est probable que la Cour de cassation attachera l'effet déclaratif également aux licitations et aux cessions de droits successifs qui, suivies de partage

(1) V. *infra*, nos 75 et suiv.

(2) V. notre note sous l'arrêt précité.

(3) V. cep. Trib. de Guingamp, 18 février 1903, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 10483 (il s'agissait encore de la perception du droit de transcription).



du prix, ont eu lieu à l'amiable. C'est déjà ce qu'ont décidé les tribunaux; ils ont suivi en foule et avec empressement la jurisprudence de la Cour de cassation, et l'ont appliquée aux licitations et cessions amiables, en se fondant sur cette jurisprudence même (1).

Or, en pareil cas, comme nous l'avons dit, il n'y a pas lieu au partage du prix. La jurisprudence va donc être complètement renversée; la licitation et la cession de droits successifs produiront l'effet déclaratif, dès lors qu'elles seront intervenues entre tous les cohéritiers. La cessation de l'indivision, en un mot, ne sera plus nécessaire pour que ces actes produisent l'effet déclaratif.

Il est vraisemblable que sur ce point, comme sur les autres, la Chambre des requêtes suivra la Chambre civile. Et si, dans le seul arrêt qu'elle ait, depuis celui de la Chambre civile, rendu sur l'effet déclaratif de la licitation, elle a reconnu simplement à cette licitation, quand elle ne dénoue pas l'indivision, un caractère provisoire (2), c'est qu'elle n'a pas été sollicitée de décider autre chose (3).

39. Si la licitation produit ainsi, dans toutes les hypothèses, l'effet déclaratif, il ne saurait en être autrement du partage, puisque l'art. 883 assimile les deux actes l'un à l'autre, qu'historiquement le partage a été doté de l'effet déclaratif antérieurement à la licitation, et que rationnellement, à supposer que l'indivision persistante entre les cohéritiers adjudicataires ou attributaires ait une « cause nouvelle », l'indivision persistante entre les cohéritiers attributaires ne saurait avoir un caractère différent.

Peut-être rencontre-t-on déjà cette solution définitive dans le plus récent des arrêts rendus par la Cour de cassation. L'aliénation faite par l'un des cohéritiers, dit la Chambre des requêtes, « reste sans résultat à l'égard des cohéritiers si cet immeuble, par l'événement du partage, a passé aux mains de *ceux-ci*, au lieu de tomber dans le lot de celui qui l'a vendu » (4). La Chambre des requêtes ne se préoccupe même pas du point de savoir si l'immeuble a été attribué, dans l'espèce, à un cohéritier unique, ou à plusieurs cohéritiers. Mais peut-être le cas d'allotissement est-il le seul qui l'ait préoccupée. On ne peut donc pas affirmer qu'elle ait écarté la nécessité de la cessation de l'indivision. Mais, à supposer que la solution n'ait pas encore été donnée, elle paraît être toute proche.

---

(1) Trib. de Libourne, 25 juillet 1900, *Journ. de l'Enreg.*, n° 26037, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 10350; Trib. de la Seine, 3 novembre 1900, *Le Droit*, 6 décembre 1900; Trib. de Ribérac, 17 avril 1902, *Rép. périod de l'Enreg.*, n° 10350; Trib. de Saint-Jean-d'Angély, 27 mai 1903, *Journ. de l'Enreg.*, art. 26649 (au moins pour la licitation intervenue au cours d'une instance en partage); Trib. de Narbonne, 7 juillet 1903, *Gaz. du Pal.*, 1903, 2, 515.

(2) Sur ce caractère provisoire, v. *infra*, n°s 49 et suiv.

(3) Cass. req., 6 février 1901, S. 1902, 1, 436, D. 1904, 1, 180.

(4) Cass. req., 19 février 1904, S. 1904, 1, 216.



Restera la cession de droits successifs; mais quand elle intervient entre tous les copropriétaires, elle n'est autre chose qu'une licitation amiable; au lieu de porter sur un objet héréditaire, la licitation porte sur l'ensemble de la masse indivise. Le seul cas où la cession de droits successifs diffère de la licitation, est celui où elle est passée entre certains des cohéritiers; l'un d'eux ou quelques-uns d'entre eux cèdent leurs droits à l'un ou à quelques-uns des autres. Ici, l'effet déclaratif ne se produit pas, et, à cet égard, la jurisprudence n'a, pour le moment, aucune tendance à revenir à la solution qu'elle adoptait à la veille et au lendemain de la promulgation du Code civil.

§ 3. *A quelles solutions de détail conduisent les principes successivement adoptés par la jurisprudence*

40. Dans toutes les opinions, un acte qui fait entièrement cesser l'indivision a l'effet déclaratif. Ainsi l'effet déclaratif appartient à la cession de droits successifs faite par tous les héritiers à un seul (1), ou par un héritier à son unique cohéritier (2).

Il s'est produit cependant une difficulté, que nous retrouverons, pour le cas où la volonté des parties est contraire (3).

41. Dans une catégorie tout opposée il faut placer les actes qui, non seulement ne font pas cesser l'indivision, mais ne sont point passés entre tous les copropriétaires. Ils produisaient l'effet déclaratif dans la jurisprudence première de la Cour de cassation. On reconnaît aujourd'hui qu'ils ne le produisent pas.

L'effet déclaratif n'est donc pas attaché :

1) à la cession des droits successifs de plusieurs des cohéritiers à l'un d'entre les autres (4), ou à la cession de droits par un copropriétaire à l'un des autres (5), ou par un copropriétaire à quelques-uns des autres (6) ;

(1) Nîmes, 25 janvier ou février 1819, S. chron.; Bourges, 26 janvier 1844, S. 45, 2. 426; Cass. civ., 30 mai 1854, S. 54, 1, 461.

(2) Paris, 10 août 1882, *Gaz. Pal.*, 83, 1, 298.

(3) V. *infra*, n°s 61 et suiv.

(4) Cass. civ., 24 août 1829, S. chron.; Montpellier, 6 mai 1831, S. 31, 2, 278; Toulouse, 16 mai 1846, S. 46, 2. 297.— *Contra*, Cass. req., 3 mars 1807, S. chron. (on a vu qu'à cette époque la doctrine de la Cour de cassation ne s'était pas encore dégagée); Montpellier, 21 décembre 1844, S. 45, 2, 587.

(5) Cass. civ., 16 janvier 1827, S. chron.; Cass. civ., 27 décembre 1830, S. chron.; Lyon, 21 décembre 1831, S. 32, 2, 274; Cass. civ., 31 janvier 1832, S. 32, 1, 160; Cass. civ., 6 novembre 1832, S. 33, 1, 66; Cass. civ., 15 décembre 1832, S. 33, 1, 394; Cass. req., 28 décembre 1840, S. 41, 1, 204; Cass. civ., 19 janvier 1841, S. 41, 1, 375; Limoges, 14 février 1845, S. 45, 2, 641; Grenoble, 4 janvier 1853, S. 53, 2, 580; Montpellier, 9 juin 1853, S. 53, 2, 406; Alger, 4 avril 1877, S. 80, 2, 145; Cass. civ., 4 mars 1891, S. 94, 1, 113.

(6) Lyon, 29 juillet 1853, S. 53, 2, 581; Alger, 26 novembre 1866, sous Cass., 22 janvier 1868, S. 68, 1, 209.

2) à la cession par un copropriétaire à l'un des autres de ses droits dans un bien héréditaire (1).

De même la cession de droits successifs ou la licitation au profit d'un seul cohéritier émanant de l'autre ou de tous les autres, est elle-même une vente si l'indivision persiste avec un tiers, lequel avait une part de copropriété dans l'immeuble (2).

42. Reste toute la catégorie des actes intermédiaires, ceux qui sont passés entre tous les copropriétaires, mais ne font pas cesser entièrement l'indivision. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'ayant pas encore abandonné le principe d'après lequel la cessation de l'indivision est une condition essentielle de l'effet déclaratif, ces actes ne devraient pas être considérés comme déclaratifs. Nous allons voir ici combien peu d'actes figurent encore, après les dérogations successivement apportées par la Cour de cassation à son principe, dans cette troisième catégorie.

43. La jurisprudence reconnaissait autrefois que la licitation prononcée au profit de deux ou plusieurs copropriétaires ne produit pas l'effet déclaratif (3).

La Cour de cassation excepte aujourd'hui le cas où le partage du prix de la licitation est soumis à l'enregistrement en même temps que la licitation elle-même, et nous avons montré qu'elle sera nécessairement conduite à doter de l'effet déclaratif toutes les licitations intervenues au profit de deux ou plusieurs copropriétaires (4).

L'effet déclaratif est étranger de même à la cession de droits successifs

---

(1) Cass. civ., 6 mars 1844, S. 44, 1, 596.

(2) Cass. req., 3 décembre 1890, S. 91, 1, 417. C'est ainsi que le droit de transcription a été reconnu exigible sur la cession de droits dans un immeuble passée entre deux copropriétaires, pour le cas où l'usufruit de cet immeuble appartient en partie à un tiers. Cass. civ., 25 août 1879, S 80, 1, 181.

(3) Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341; Cass. civ., 13 août 1838, S. 38, 1, 701; Cass. req., 3 décembre 1839, S. 39, 1, 903; Paris, 15 février 1844, sous Cass. req., 10 juin 1845, S. 45, 1, 808; Cass., ch. réun., 19 décembre 1845, S. 46, 1, 113; Cass. civ., 11 février 1846, S. 46, 1, 113; Cass. civ., 21 juin 1848, S. 48, 1, 638; Cass. civ., 12 juillet 1848, S. 48, 1, 662; Cass. civ., 29 novembre 1848, S. 49, 1, 270; Cass. civ., 10 juin 1850, S. 50, 1, 682; Cass. civ., 26 août 1850, S. 50, 1, 681; Cass. civ., 26 février 1851, S. 51, 1, 416; Cass. civ. 29 mars 1854, S. 56, 1, 49; Cass. req., 18 mai 1858, S. 58, 1, 616; Cass. req., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449; Cass. civ., 23 avril 1884, S. 84, 1, 209; Aix, 30 avril 1885, sous Cass. req., 16 février 1887, S. 88, 1, 257; Poitiers, 10 juillet 1889, S. 91, 2, 110; Trib. de la Seine, 3 mai 1893, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8251; Trib. de la Seine, 15 janvier 1897, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n° 8933; Riom, 29 décembre 1894, S. 1902, 2, 169. — *Contra*, Paris, 16 avril 1821, S. chron. (sur cet arrêt, v. *supra*, n° 8); Nancy, 7 juillet 1896, S. 97, 2, 123 (sur cet arrêt, v. *supra*, nos 19 et 35). — A plus forte raison il n'y a pas effet déclaratif si l'adjudication est prononcée au profit de plusieurs colicitants et d'un tiers, Cass. civ., 13 avril 1847, S. 47, 1, 378; — ou d'un colicitant et d'un tiers, Cass. req., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449; Cass. civ., 17 novembre 1890, S. 94, 1, 399, D. 91, 1, 25; Alger, 10 avril 1894, D. 94, 2, 462.

(4) V. *supra*, nos 37 et suiv.



par l'un des copropriétaires aux autres (1). Sur ce point, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de s'affirmer en sens contraire ; mais, ainsi que nous l'avons établi, l'assimilation de la cession de droits successifs à la licitation, assimilation qui a toujours été absolue en jurisprudence, et qui l'est aussi en raison, se poursuivra sur ce point comme sur les autres.

44. Le partage proprement dit, lorsqu'il ne fait pas cesser l'indivision, n'est pas déclaratif, suivant le principe encore proclamé par la jurisprudence.

Le cas le plus pratique est celui de l'allotissement; dans le but de faire sortir l'un des copropriétaires de l'indivision, les autres copropriétaires lui abandonnent pour sa part certains biens héréditaires, en ajournant à plus tard le partage des autres biens restés indivis entre eux.

Pour les biens compris dans l'allotissement, l'effet déclaratif se produit: car l'indivision, en ce qui les concerne, prend fin. La jurisprudence, en statuant en ce sens, n'a donc pas dérogé au principe que la cessation absolue de l'indivision est nécessaire. Elle n'a jamais varié sur ce point.

Dans certains cas, sans doute, où il s'agissait d'une cession de droits successifs ou d'une licitation prononcée au profit de plusieurs copropriétaires, la Cour de cassation a déclaré que l'effet déclaratif ne s'applique pas aux actes « se bornant à écarter du partage quelques-uns des héritiers et ne font pas cesser l'indivision entre les autres » (2). Mais l'allotissement n'est pas prévu par la Cour; le fait même qu'il s'agit de cession de droits successifs ou de licitation, montre que la question visée est uniquement de savoir si l'effet déclaratif se produit en ce qui concerne les biens cédés ou licités, c'est-à-dire les biens héréditaires.

Aussi la Chambre des requêtes a-t-elle décidé, dans un arrêt du 2 avril 1851, que nous avons déjà expliqué, que si l'un des cohéritiers est alloti, l'indivision cessant en ce qui concerne ces biens, l'effet déclaratif s'y applique (3).

45. Mais, en ce qui concerne les biens restés indivis entre les cohéritiers non allotis, l'effet déclaratif ne doit pas se produire.

C'est ce qu'a commencé par dire nettement la Chambre des requêtes dans son arrêt précité du 2 avril 1851. Des motifs pratiques, comme nous le dirons, paraissent avoir entraîné l'abandon de cette jurisprudence.

---

(1) Cass. civ., 4 février 1822, S. chron. (cet arrêt s'appuie sur des raisons de fait, v. *supra*, n° 9); Cass. civ., 16 mai 1832, S. 32, 1, 602; Cass. req., 24 janvier 1844, S. 44, 1, 116; Cass. civ., 7 août 1855, S. 56, 1, 349; Cass. req., 5 février 1899, S. 1901, 1, 435. — *Contra*, Cass. req., 25 janvier 1809, S. chron.; Bordeaux, 25 pluviôse an X, S. chron. (ces arrêts datent d'une époque où tout acte diminuant le nombre des copropriétaires était regardé comme un partage déclaratif); Bourges, 12 janvier 1878, S. 78, 2, 131.

(2) Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341.

(3) V. *supra*, n° 13. — V. dans le même sens les arrêts cités au n° suivant.



C'est cependant par une interprétation opposée des arrêts rendus par la Cour de cassation que s'explique un premier arrêt qui, en cas d'allotissement, applique l'effet déclaratif même aux biens restés indivis entre les héritiers non allotis (1). En réalité cet arrêt va plus loin : il considère comme alloti l'héritier dont la part est représentée par une somme d'argent, notamment le cessionnaire de droits successifs ; il supprime, en d'autres termes, d'une manière radicale la cessation de l'indivision comme condition de l'effet déclaratif du partage.

La Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi contre cet arrêt ; elle a reconnu que l'hypothèque grevant les immeubles du chef de l'un des copropriétaires tombe, si ce dernier est alloti, même en ce qui concerne les immeubles restés dans l'indivision entre les autres copropriétaires (2). Cet arrêt semble donc admettre que, dans le cas d'allotissement, il y a, pour les droits inscrits du chef de l'alloti, effet déclaratif en ce qui concerne les biens restés indivis entre les héritiers non allotis. Mais la raison qu'il invoque suppose la solution opposée : « En ce qui concerne les biens dont l'héritier alloti est privativement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et ses coïntéressés ; d'où il suit que L... est sorti de communauté avec ses codonataires, non par un titre translatif de propriété, mais par un acte déclaratif ».

A son tour la Chambre civile, cette fois de propos délibéré, a donné les mêmes solutions, dans une hypothèse identique (3). Elle a essayé de la justifier par un argument juridique, que nous avons déjà apprécié et qui n'est peut-être pas déterminant (4). Mais une raison pratique de grande valeur explique cette nouvelle jurisprudence ; les créanciers des cohéritiers restés dans l'indivision perdent leur hypothèque sur les biens compris dans l'allotissement ; il est juste que réciproquement les créanciers des héritiers allotis perdent leur hypothèque sur les biens restés indivis. C'est là la doctrine actuelle de la Chambre civile, car elle l'a reproduite à nouveau (5). Elle est aujourd'hui incontestée en jurisprudence (6).

C'est encore, et à peu près dans les mêmes termes, ce qu'a récemment décidé la Chambre des requêtes : « Il n'est pas nécessaire que le partage assigne sa part à chaque cohéritier ou copropriétaire, et il suffit que l'un d'eux soit définitivement rempli de la sienne au moyen d'un allotissement particulier, puisque de la sorte celui qui reçoit sa part dans la chose

(1) Bourges, 12 janv. 1878, S. 78, 2, 131.
(2) Cass. req., 9 déc. 1878, S. 79, 1, 404.
(3) Cass. req., 21 mai 1895, S. 95, 1, 350.
(4) V. *supra*, n° 17.
(5) Cass. civ., 26 juin 1895, S. 96, 1, 481 ; Cass. civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369.
(6) Nancy, 7 juil. 1896, S., 97, 2, 123 ; Riom, 29 déc. 1898, S. 1902, 2, 169 ; Paris, 25 avril 1900, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 8 nov. 1900.

commune n'a plus rien désormais à y prétendre et qu'en ce qui concerne les biens dont il est privativement approprié, l'indivision cesse complètement entre lui et ses coïntéressés ». En fait la Cour de cassation constate que, bien que qualifié de pacte de famille, l'acte avait pour but de mettre fin à l'indivision entre une veuve et ses enfants. La veuve était « remplie de ses droits par un allotissement particulier, qui l'a fait sortir définitivement de l'indivision, et ce partage a produit toutes ses conséquences légales à l'égard de tous les ayants droit à la succession de l'auteur commun, encore qu'il ait convenu aux deux enfants de laisser provisoirement dans l'indivision la part qui leur était échue après l'attribution définitive à leur mère de celle qui lui revenait (1) ». Dans l'espèce la veuve avait des droits comme commune et comme légataire en propriété de son mari ; le tout avait été converti par le partage en un usufruit plus étendu. On soutenait que, la communauté d'acquêts formée par l'un des enfants s'étant ultérieurement dissoute, cet enfant devait récompense à la communauté des revenus dont cette transformation l'avait appauvrie. La Cour de cassation déclare que, l'attribution de l'usufruit à la veuve du défunt étant rétroactive, l'enfant était réputé n'avoir jamais recueilli la jouissance des biens héréditaires et par conséquent ne l'avoir pas aliénée au détriment de la communauté. Il aurait suffi, pour justifier cette solution, de reconnaître que l'effet déclaratif s'est produit en ce qui concerne les biens privativement attribués au copropriétaire alloti, c'est-à-dire à la veuve ; la Cour de cassation va plus loin, et dit qu'il s'est produit en ce qui concerne les biens restés indivis entre les autres copropriétaires.

46. En dehors du cas d'allotissement, la cessation de l'indivision reste nécessaire : si certains biens de la succession sont attribués à l'une des branches de la succession et d'autres à une autre branche, et que chaque branche comprenne deux héritiers au moins, l'effet déclaratif ne se produit pas, l'indivision ne cessant d'aucun côté. Toutefois, il est probable que la solution donnée par la Cour de cassation à propos de l'allotissement et la tendance que manifestent ses derniers arrêts relatifs à la licitation détermineront la jurisprudence à reconnaître ici encore l'effet déclaratif.

47. A deux autres points de vue, la jurisprudence a trouvé déjà le moyen de restreindre, avant de l'abandonner complètement, le principe que la cessation de l'indivision est une condition de l'effet déclaratif.

A une époque déjà ancienne, lorsque la jurisprudence reconnaissait presque unanimement la nécessité de la cessation de l'indivision et celle de l'attribution à un héritier unique, il avait été déjà jugé que la licitation d'un immeuble commun entre deux personnes, au profit de la com-

(1) Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326.

munauté conjugale formée par l'une d'elles, produit l'effet déclaratif (1).

Mais cette décision a passé inaperçue. Pendant longtemps la question n'a plus été soulevée, dans les circonstances mêmes où elle aurait pu l'être (2). Subitement, à une époque récente, les tribunaux ont décidé que la licitation au profit d'époux communs produit l'effet déclaratif et, notamment, est soustraite au droit de transcription (3). Ces tribunaux n'ont pas voulu prétendre que la cessation de l'indivision ne soit point la condition à l'effet déclaratif, ils n'ont pas davantage entendu appliquer la théorie démodée qui regarde la communauté comme une personne morale. Leur solution est donc impossible à justifier. Elle ne s'explique que comme étant destinée à limiter la règle, à laquelle la jurisprudence est devenue hostile, qui subordonne l'effet déclaratif à la cessation de l'indivision.

Tout récemment, un autre arrêt s'est placé sur un terrain beaucoup plus solide, — bien que n'autorisant peut-être cette solution que dans des cas plus limités, — en s'appuyant sur l'article 1408 C. civ., relatif à l'acquisition, pendant la communauté, d'un bien indivis entre un conjoint et des tiers (4).

48. On a également restreint la portée du principe en décidant que la licitation au profit des représentants d'un héritier est déclarative ; ils sont, a-t-on dit, substitués à un héritier unique, et par conséquent l'indivision cesse (5). Il n'y a là que la manifestation des efforts tentés par les tribunaux pour renverser peu à peu l'interprétation qui domine encore dans la jurisprudence. En réalité, c'est un principe constant que le représentant, bien qu'il entre dans les droits du représenté, succède en son nom personnel. Les représentants d'une même personne sont donc tous des héritiers venant pour leur propre compte. Au surplus, les fraudes, vraisemblables ou non, qui déterminaient autrefois la Cour de cassation à exiger la cessation absolue de l'indivision, sont à redouter dans ce cas comme dans tous les autres. Enfin, le texte de l'article 883, également interprété dans le sens où l'entendait la Cour de cassation, exige une cessation absolue de l'indivision, c'est-à-dire une indivision se dénouant au profit d'une personne qui, au moment même où cette indivision se dénoue, devient seule propriétaire.

Ces deux derniers motifs commandent même de décider que l'attribution indivise au profit des héritiers de l'un des héritiers, qui ont recueilli la

---

(1) Lyon, 14 févr. 1853, S. 53, 2, 381.

(2) V. par exemple Pau, 9 déc. 1889, S. 91, 2, 49.

(3) Trib. de Bergerac, 25 juin 1885, *Journ. de l'Enreg.*, n° 22716 ; Trib. de Sarlat, 3 août 1898, *Rev. de l'Enreg.*, n° 1836 ; Trib. de Bourganeuf, 18 janv. 1901 et Trib. d'Hazebrouck, 22 févr. 1901, S. 1903, 2, 285.

(4) Paris, 11 août 1903, *Gaz. du Pal.*, 1903, 2, 387.

(5) Douai, 11 juil. 1889, *Gaz. du Pal.*, 89, 2, 626.



succession par voie de transmission, après le décès de leur auteur, postérieur au décès du défunt, est privé de l'effet déclaratif. Mais une solution contraire est encore plus probablement destinée à l'emporter sur ce point que sur le précédent.

§ 4. *Caractères de l'acte auquel est refusé l'effet déclaratif*

49. M. Labbé, dans une note restée célèbre (1), émettait l'idée que l'acte qui diminue le nombre des copropriétaires sans faire cesser l'indivision, n'est pas définitivement une vente, mais a tout d'abord un caractère incertain, et que son sort final dépend de la manière dont se dénouera l'indivision ; si l'immeuble devient, le jour où le nombre des propriétaires sera réduit à un seul, la propriété de l'un des copropriétaires, l'acte antérieur qui aura diminué le nombre des copropriétaires sera réputé avoir produit l'effet déclaratif ; il en sera autrement si l'indivision se dénoue au profit d'une personne étrangère à cette indivision. « Nous ne croyons pas, disait M. Labbé, nous écarter, au fond, de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous contrarions les motifs de certains arrêts et non leur dispositif ». En réalité, cette doctrine semble conciliable avec tous les arrêts, et est adoptée par certains d'entre eux.

Sans doute la Cour de cassation a toujours refusé aux actes de cette nature l'effet déclaratif; mais cela revient simplement à dire qu'au moment où l'acte est passé, l'hypothèque qui grève l'immeuble du chef du copropriétaire exclu ne disparaît pas. La Cour de cassation n'a pas dit que cette hypothèque persistera même après que l'immeuble sera devenu la propriété d'un seul des copropriétaires. Ce jour-là, disparaîtront certainement les hypothèques provenant de ceux des copropriétaires qui, par *le dernier acte*, seront sortis de l'indivision ; c'est là le sens même de l'effet déclaratif. Il serait illogique que les hypothèques provenant des copropriétaires sortis antérieurement de l'indivision fussent maintenues. L'art. 883, au surplus, sur le texte littéral duquel s'est appuyée la Cour de cassation pour refuser l'effet déclaratif aux actes qui ne font pas cesser entièrement l'indivision, dit que l'héritier devenu propriétaire unique est réputé l'avoir toujours été, ce qui équivaut à le dégager des droits réels provenant du chef de tous ses copropriétaires, quels qu'ils soient et à quelque époque qu'ils soient sortis de l'indivision. En un mot le système d'interprétation littérale que la Cour de cassation a adopté vis-à-vis de l'art. 883 n'est conciliable qu'avec la doctrine qui suspend provisoirement, et jusqu'au remplacement de la copropriété par une propriété unique, les effets et le caractère de l'acte par lequel certains copropriétaires quittent l'indivision.

(1) Sous Cass., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449.

Le motif pratique invoqué par la Cour de cassation à l'appui de la doctrine qui subordonne l'effet déclaratif à la cessation absolue de l'indivision, conduit au même résultat. La Cour de cassation craint les fraudes auxquelles peut donner lieu le système contraire, fraudes consistant dans une cession, préalable à l'acquisition faite par un étranger, des droits d'un copropriétaire du chef duquel existent des hypothèques à un autre copropriétaire (1). Ces fraudes supposant essentiellement que le propriétaire unique et définitif est un étranger, il n'y a plus à en tenir compte si ce propriétaire est l'un des copropriétaires antérieurs.

50. La Cour de cassation a décidé autrefois, il est vrai, que si l'un des colicitants acquéreurs devient propriétaire unique par le décès de l'autre colicitant acquéreur dont il est le seul héritier, la licitation, qui n'a pas produit immédiatement l'effet déclaratif, ne le produit pas à la suite de ce décès, lequel ne peut modifier les droits acquis aux créanciers hypothécaires (2). Cette solution ne serait pas, semble-t-il, conforme à la doctrine qui vient d'être développée; aussi a-t-elle été récemment repoussée par une Cour d'appel (3).

En tout cas, depuis, la Chambre civile a nettement proclamé le caractère incertain des actes qui ne font pas cesser l'indivision : s'il y a licitation au profit de plusieurs copropriétaires, l'hypothèque provenant d'un autre copropriétaire n'est pas définitivement éteinte; elle est subordonnée aux résultats de l'acte qui fera cesser complètement l'indivision. Si donc l'indivision cesse par l'attribution de l'immeuble à un copropriétaire autre que le constituant, l'hypothèque provenant de ce dernier disparaît en vertu de l'effet déclaratif (4).

51. On peut admettre encore que cette solution résulte de la jurisprudence d'après laquelle une licitation, qu'elle fasse ou non cesser l'indivision, échappe au droit de mutation dû sur les licitations si elle est présentée à l'enregistrement en même temps que l'acte attribuant le prix au copropriétaire adjudicataire. La Cour de cassation considère que les deux actes sont réputés se confondre en un seul, par lequel l'immeuble serait attribué en nature à l'adjudicataire (5) : la licitation a donc un caractère provisoire, elle devient un partage déclaratif lorsque le prix est attribué à l'adjudicataire; et si, alors que la licitation est enregistrée avant le partage portant attribution du prix à l'adjudicataire, le droit de mutation perçu sur la licitation n'est pas restituable, c'est en vertu d'un texte spécial, l'art. 60 de la loi du 22 frimaire an VII, qui déclare non resti-

(1) V. *infra*, n° 57.
(2) Cass. civ., 6 mars 1844, S. 44, 1, 596.
(3) Bordeaux, 24 décembre 1889, S. 91, 2, 110.
(4) Cass. civ., 29 mars 1854, S. 56, 1, 49.
(5) V. *supra*, n°s 37 et suiv.

tuables les droits régulièrement perçus, quels que soient les événements ultérieurs.

52. Enfin, le caractère provisoire de l'acte a été nettement admis tout récemment par une Cour d'appel. Elle a décidé que si une cession de droits successifs ne fait pas cesser l'indivision, l'effet des hypothèques provenant du cédant est subordonné à la nature de l'acte qui fera cesser l'indivision : si cet acte intervient au profit d'un étranger, les hypothèques seront maintenues; s'il intervient au profit de l'un des copropriétaires, elles disparaîtront. En conséquence, il y a lieu de surseoir à la collocation du créancier hypothécaire (1). C'est également en ce sens qu'a statué, sur le pourvoi interjeté contre cet arrêt, la Cour de cassation, qui a ainsi reconnu d'une manière très nette le caractère provisoire de l'acte (2). On n'avait jamais encore été aussi loin. La solution donnée par la Cour de cassation porte une atteinte sérieuse au crédit hypothécaire.

53. Provisoirement, l'acte est une vente, comme si l'acquéreur était une personne étrangère à l'indivision : car l'effet déclaratif est exceptionnel et ne se produit que si l'indivision cesse complètement (3). C'est là, encore, ce qui résulte de la jurisprudence (4) : les hypothèques ne disparaissent pas, le droit de transcription est dû, l'acte est susceptible de résolution.

54. Tout ceci suppose, bien entendu, que les actes diminuant le nombre des copropriétaires sans faire cesser l'indivision ne produisent pas, par eux-mêmes, l'effet déclaratif. La tendance de la jurisprudence est, comme nous l'avons montré, toute contraire aujourd'hui. Il restera, lorsque cette tendance se sera accentuée et que la cessation de l'indivision aura disparu comme condition de l'effet déclaratif, à savoir si cette incertitude dans le caractère de l'acte devra être reconnue aux actes qui ne sont pas déclaratifs parce qu'ils n'interviennent pas entre tous les cohéritiers. Sur ce point la jurisprudence ne fournit encore aucune indication.

§ 5. *Explications pratiques des variations de la jurisprudence*

55. L'art. 883 est un texte très vague, qui se concilie facilement avec chacune des trois opinions successivement adoptées par la jurisprudence. Sans doute, en disant que « chaque héritier » est censé avoir succédé seul aux biens compris dans « son lot », il veut, si on l'interprète textuellement, que l'indivision cesse complètement. Mais ces expressions, empruntées à Pothier, qui n'exigeait pas la cessation absolue de l'indivision, peuvent

(1) Bourges, 28 novembre 1898, S. 1901, 2, 249. Cet arrêt contient, d'ailleurs, des propositions discutables; v. notre note au *Sirey*.

(2) Cass. req., 6 février 1901, S., 1902, 1, 436, D., 1904, 1, 180.

(3) V. la note précitée de M. Labbé.

(4) V. les arrêts cités *supra*, §§ 1er, 2 et 3.

aussi être interprétées d'une manière plus large, sans même qu'il soit nécessaire de dire, avec quelques-uns des derniers arrêts, que l'attribution indivise à plusieurs cohéritiers fait cesser complètement l'indivision, et en fait recommencer une nouvelle.

Ce sont donc surtout des considérations historiques, rationnelles et pratiques qui ont déterminé les différentes directions suivies par la jurisprudence.

56. Si, tout d'abord, la jurisprudence a reconnu l'effet déclaratif à tout acte diminuant le nombre des copropriétaires, c'est sous l'influence de la tradition, qui était en ce sens. Mais autant cette tradition s'expliquait, autant son maintien soulevait d'objections. Sous l'ancien régime, la principale raison d'être de l'effet déclaratif était que les partages, n'étant pas réputés contenir de mutation, n'étaient pas assujettis aux droits féodaux ou fiscaux. Comme l'effet déclaratif avait été introduit, ou du moins développé, dans le but de soustraire le partage à ces droits, il était naturel qu'on cherchât à donner à l'exemption la plus large portée possible, et qu'on s'efforçât de restreindre les conditions auxquelles était subordonné l'effet déclaratif.

La question fiscale n'existe plus guère aujourd'hui. Un partage proprement dit, quand il ne stipule pas de soultes, est toujours passible d'un droit extrêmement faible, qui d'abord a été fixe, et qui aujourd'hui est de quinze centimes pour cent sur les valeurs apportées (1). La pratique administrative et la jurisprudence appliquent au partage ce tarif réduit, en raison des termes généraux de la loi, même si le partage ne fait pas cesser l'indivision.

En sens inverse, le partage avec soulte, la licitation et la cession de droits successifs sont, en droit fiscal, regardés comme des mutations, même s'ils font complètement cesser l'indivision (2).

En somme, la loi a voulu enlever à l'effet déclaratif tout son intérêt en matière fiscale. Cet intérêt n'a apparu que d'une manière indirecte, et dans des conditions telles qu'elles suffisent à expliquer pratiquement le revirement survenu dans la jurisprudence, et à faire comprendre que l'effet déclaratif ait été subordonné à la cessation absolue de l'indivision.

En vertu des art. 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816, tout acte assujetti, dans un intérêt civil, à la transcription, est frappé, au moment même de l'enregistrement, et outre les droits d'enregistrement, d'un droit de transcription (3). Comme les actes de cette catégorie sont à peu près tous, par leur nature, sujets à l'enregistrement obligatoirement et qu'au

(1) Loi du 28 avril 1893, art. 19.
(2) Loi du 22 frimaire au VII, art. 69.
(3) Ce droit est de 1 fr. 50 0/0 (aujourd'hui, avec les décimes, 1 fr. 875 0/0).



contraire les formalités hypothécaires ne sont jamais requises sous des sanctions fiscales, la loi de 1816 a vu dans la mesure qu'elle édictait un moyen à la fois d'augmenter les ressources du Trésor en accroissant indirectement le produit des droits perçus lors de l'enregistrement, et de déterminer les parties à solliciter, plus fréquemment que par le passé, une transcription utile pour elles, et désormais, — les droits ayant été perçus par anticipation, — peu coûteuse.

Or si, pour le partage proprement dit, avec ou sans soulte, l'administration de l'enregistrement s'est toujours abstenue, même quand il n'est pas déclaratif, de percevoir par anticipation, lors de l'enregistrement, le droit de transcription, elle n'a, au contraire, avec l'appui constant de la jurisprudence, jamais manqué, pour la licitation et la cession de droits successifs, d'appliquer strictement la loi de 1816 : lorsque l'acte est déclaratif, et que sa transcription, par suite, est inutile (1), le droit de transcription n'est pas perçu lors de l'enregistrement; il l'est, au contraire, si l'acte n'est pas déclaratif.

C'est pourquoi pendant longtemps la majeure partie des procès engagés au sujet de la question de savoir si l'effet déclaratif est subordonné à la cessation de l'indivision sont intervenus entre l'administration de l'enregistrement et les contractants, au sujet du droit de transcription. Cette administration a su fort habilement faire valoir les arguments de texte qui lui paraissaient exiger la cessation complète de l'indivision, et il lui a été d'autant plus facile de réussir, qu'au début du XIXe siècle la jurisprudence était plus attachée à la lettre qu'elle ne l'est aujourd'hui, et, d'autre part, n'avait pas encore eu l'occasion d'apercevoir tous les inconvénients pratiques de la solution qu'elle adoptait.

57. Mais c'est surtout au point de vue civil, devenu prédominant depuis la nouvelle législation fiscale, qu'il parut pratiquement nécessaire d'exiger la cessation absolue de l'indivision. En 1835, la Cour de cassation a dit que ne pas exiger la cessation absolue de l'indivision, c'est ouvrir la porte aux fraudes (2). C'est qu'en effet, il serait facile à une personne étrangère à l'indivision de se rendre propriétaire des immeubles indivis sans supporter les hypothèques grevant l'immeuble du chef de l'un des copropriétaires, — contrairement au principe que l'effet déclaratif ne s'applique pas si l'indivision se dénoue au profit d'un étranger, — en déterminant ce copropriétaire à céder préalablement ses droits à l'un de ses copropriétaires. L'accord des copropriétaires dépouillerait ainsi les créanciers hypothécaires de leurs droits. C'est ce danger vraisemblablement qui frappa la Cour de cassation.

(1) Il y a un cas où elle est utile, mais dont nous n'avons pas à nous préoccuper; c'est celui où il n'y a pas *titre commun* entre les copropriétaires.

(2) Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341.

58. Des raisons non moins sérieuses peuvent avoir déterminé la tendance actuelle de la jurisprudence, qui est de ne plus exiger la cessation absolue de l'indivision. D'abord, l'expérience put démontrer que la fraude à laquelle paraît, en 1835, avoir fait allusion la Cour de cassation, n'est pas empêchée par la théorie qui exige la cessation absolue de l'indivision. Si l'un des copropriétaires veut, tout en transmettant ses droits à un étranger, faire tomber les hypothèques de ses créanciers, tous les copropriétaires commenceront par céder leurs droits à l'un d'eux, qui ensuite transmettra l'immeuble à un étranger, dégagé de toutes les hypothèques grevant l'immeuble du chef de ses copropriétaires.

D'autre part, l'effet déclaratif ayant pour but d'assurer la stabilité de la propriété de l'attributaire définitif, en le dégageant des droits réels provenant de ses copropriétaires, et en évitant les recours qui en résultent, cet objet n'est qu'incomplètement atteint et, par conséquent, l'effet déclaratif manque son but, si les droits réels provenant des copartageants qui sortent de l'indivision ne so●t pas immédiatement supprimés. Il est, du reste, naturel que l'acte destiné à préparer la cessation complète de l'indivision participe des immunités accordées à l'acte qui réalise cette cessation.

59. En troisième lieu, on a lié la question de l'effet déclaratif à d'autres difficultés qui lui sont peut-être étrangères.

Si, par exemple, la Cour de cassation a eu quelquefois la sagesse de décider que les conditions de l'action en rescision du partage pour cause de lésion, ne sont pas celles de l'effet déclaratif (1), il lui est arrivé beaucoup plus fréquemment d'admettre la solidarité des deux difficultés et de déclarer par exemple une cession de droits successifs non rescindable pour cause de lésion, parce qu'elle ne réunissait pas les conditions auxquelles est subordonné l'effet déclaratif (2). De même, pour décider que

(1) Cass. civ., 6 nov. 1832, S. 33, 1, 66 (la cession de droits successifs faite aux risques et périls du cessionnaire, bien que l'article 889 se donne la peine de la soustraire à l'action en rescision, n'est pas considérée nécessairement comme un partage au sens de l'article 883 ; elle n'est un partage que si elle fait cesser l'indivision) ; Comp. Cass. civ., 8 févr. 1841, S. 41, 1, 437 ; Cass. civ., 20 mars 1844, S. 44, 1, 307 ; Alger, 4 avril 1877, S. 79, 2, 216. — V. de même Lyon, 21 déc. 1831, S. 32, 2, 274 (qui dit avec raison qu'une cession intervenue entre certains seulement des copropriétaires, bien que rescindable pour cause de lésion, n'est pas par cela même soumise à l'article 883) ; Toulouse, 6 déc. 1834, S. 35, 2, 285 ; Toulouse, 16 mai 1846, S. 46, 2, 297 ; Grenoble, 4 janv. 1853, S. 53, 2, 580 ; Cass. civ., 28 juin 1859, S. 59, 1, 753.

(2) Cass. civ., 15 déc. 1832, S., 33, 1, 394 (d'autant plus remarquable qu'il est rendu peu de semaines après celui, absolument contraire, du 6 nov. 1832) ; Cass. req., 28 déc. 1840, S. 41, 1, 204. — V. aussi Rouen, 18 juin 1841, S. 41, 2, 471 ; Montpellier, 21 déc. 1844, S. 45, 2, 587 ; Nîmes, 19 août 1841, sous Cass. req., 25 juin 1845, S. 45, 1, 806 (d'après lequel la cession de droits successifs à forfait, n'étant pas rescindable pour lésion, n'a pas l'effet déclaratif) ; Alger, 26 nov. 1866, sous Cass., 22 janv. 1868, S. 68,



l'effet déclaratif est subordonné à la cessation absolue de l'indivision, il lui est arrivé de s'appuyer sur les textes relatifs à la garantie des lots (1), et il lui est arrivé aussi de reconnaître l'effet déclaratif à certains actes pour pouvoir appliquer ces textes (2).

Or, rationnellement, on ne peut concevoir que l'acte qui, sans faire cesser l'indivision, fait sortir de cette indivision certains cohéritiers, ne soit pas rescindable pour cause de lésion et n'entraîne pas la garantie prescrite en matière de partage. La rescision pour cause de lésion et la garantie ont pour but de maintenir l'égalité entre cohéritiers ; cette égalité a autant de raison d'être quand le partage, tout en intervenant entre tous les cohéritiers, laisse certains d'entre eux dans l'indivision, que dans le cas contraire. La jurisprudence était dès lors amenée à reconnaître également l'effet déclaratif à ce partage, puisqu'elle ne croyait pas pouvoir séparer les conditions de l'effet déclaratif des conditions de la rescision et de la garantie.

On a établi aussi un lien entre l'effet déclaratif et le privilège du copartageant : ce privilège ne serait applicable que dans les cas où se produit l'effet déclaratif (3). Et c'est pourquoi la Cour de cassation a été quelquefois amenée à regarder une cession de droits successifs comme une vente, pour éviter que le paiement du prix ne fût trop largement garanti, par un privilège portant sur tous les immeubles de la succession (4).

Cette solidarité, elle aussi, devait conduire à supprimer la cessation de l'indivision comme condition de l'effet déclaratif : le privilège est la sanction de la garantie ; il existe dès qu'existe la garantie en matière de partage ; si la cessation de l'indivision n'est pas nécessaire pour qu'il y ait garantie, elle ne l'est pas non plus pour qu'il y ait privilège.

Enfin, du voisinage de l'article 882 et de l'article 883 on a conclu que le seul cas où, conformément à l'article 882, un créancier puisse s'opposer à ce que le partage soit fait en dehors de sa présence, et y assister pour surveiller ses intérêts, est celui où le partage est déclaratif (5). Or, comme

---

1, 209; Limoges, 29 déc. 1868, S. 69, 2, 255, et les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, sous Cass. req., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 326.

(1) Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341.

(2) Cass. civ.. 26 juin 1895, S. 96, 1, 481.

(3) Bourges, 26 janv. 1844, S. 45 2, 426; Cass. req., 25 juin 1845, S. 45, 1, 806 (2 arrêts); Toulouse, 14 déc. 1850, S. 51, 2, 102 ; Grenoble, 4 janv. 1853, précité ; Montpellier, 9 juin 1853, S. 53, 2, 406 ; Lyon, 29 juil. 1853, S. 53, 2, 581 ; Cass. civ., 10 nov. 1862, S. 63, 1, 129 ; Poitiers, 10 juil. 1889, S. 91, 2, 110 ; Grenoble, 20 janv. 1893, S. 93, 2, 265 ; Cass. civ., 26 juin 1895, précité.

(4) Cass. req., 25 juin 1845, précité. Dans l'espèce, la créance avait été cédée à un tiers, et, par cela même, la personne qui faisait valoir cette prétention, alors surtout qu'en fait, il y avait eu inscription seulement du privilège du vendeur, était peu intéressante.

(5) Poitiers, 18 mai 1881, S. 94, 2, 153 (en note) ; Poitiers, 9 mars 1893, S. 94, 2, 153, et notre note.

un créancier ne peut savoir à l'avance si le partage dénouera complètement ou non l'indivision, il était indispensable, pour lui éviter toute incertitude, de déclarer l'article 882 applicable quels que dussent être les résultats de l'action en partage, c'est-à-dire même si l'indivision ne cessait pas. Et, par suite, la solidarité qui existe, d'après la jurisprudence, entre l'article 882 et 883 empêchait que la cessation de l'indivision ne restât une condition de l'effet déclaratif.

60. Ce qui a également, — et peut-être plus que les autres considérations, — contribué à transformer le sens de la jurisprudence, c'est la question de l'allotissement. L'allotissement présente, au point de vue de la cessation de l'indivision, le caractère tout particulier d'être mixte ; l'indivision cesse à l'égard des biens attribués à l'un des copartageants, elle ne cesse pas pour les autres biens, qui perdent seulement l'un de leurs propriétaires indivis. Si donc on s'en était tenu au principe d'après lequel l'effet déclaratif suppose la cessation absolue de l'indivision, l'effet déclaratif, comme nous l'avons montré, se produirait sur la première catégorie de biens, et non pas sur la seconde. Les arrêts ont remarqué qu'il y aurait eu là une injustice; l'héritier alloti étant dégagé des hypothèques provenant de ses cohéritiers, ses créanciers ne sauraient équitablement garder leur hypothèque sur leurs biens attribués à ses cohéritiers. En outre, étant donnée la solidarité établie par la jurisprudence entre la question de l'effet déclaratif et plusieurs autres, il faudrait dire que l'héritier alloti, étant un copartageant au sens de l'article 883, a droit à la garantie, peut faire rescinder l'acte pour cause de lésion et bénéficie du privilège du copartageant, et que ses cohéritiers, à ces divers points de vue, ne sont pas, au contraire, des copartageants.

L'application intégrale de l'effet déclaratif à l'acte contenant un allotissement était donc fatale. Or, la solution donnée pour l'allotissement ne pouvait manquer d'amener la jurisprudence à reconnaître que l'effet déclaratif se produit en l'absence même de la cessation de l'indivision. Reconnaître sans restriction l'effet déclaratif à l'allotissement, c'est le reconnaître à une attribution qui ne fait pas cesser l'indivision. Juridiquement, il n'y a aucune raison de faire entre l'allotissement et les autres actes une distinction qui ne se comprend que par des raisons de fait. Si l'attribution faite indivisément à plusieurs copropriétaires est déclarative quand, en même temps, une autre attribution est faite divisément à un autre copropriétaire, il doit en être logiquement de même quand cette dernière indivision est faite indivisément à deux ou plusieurs copropriétaires. Si l'attribution faite indivisément à plusieurs copropriétaires est déclarative quand en même temps un autre copropriétaire reçoit sa part en nature, il doit en être logiquement de même quand ce dernier reçoit sa part en argent.

La simple revue des arrêts, telle que nous l'avons faite plus haut, montre

l'influence de cette question de l'allotissement sur toute la jurisprudence. C'est en faveur de l'allotissement que la Cour de cassation a consenti pour la première fois à rompre avec la nécessité de la cessation absolue de l'indivision. Ce sont les arrêts qu'elle a rendus sur ce point qui, mal compris par certaines Cours d'appel, ont provoqué des arrêts d'un caractère plus général. Ce sont encore des considérants empruntés aux arrêts sur l'allotissement qui ont, dans de nouveaux arrêts de la Cour de cassation, servi à étendre la doctrine.

Section II

Dans quelle mesure l'effet déclaratif dépend-il de la volonté des copropriétaires ?

61. S'il est certain que les copropriétaires ne peuvent attacher, par leur volonté, l'effet déclaratif à un acte qui en est privé d'après la loi, des difficultés se sont élevées, et paraissent exister encore, sur le point de savoir s'ils ne peuvent pas priver de l'effet déclaratif un acte produisant, par sa nature, cet effet. Cependant la raison qui est déterminante en faveur de la négative sur la première question n'est pas moins impérieuse sur la seconde. Le sens de l'effet déclaratif est avant tout que les hypothèques inscrites du chef des copropriétaires qui ne sont pas définitivement propriétaires de l'immeuble disparaissent. Or, de même que les copropriétaires nuiraient à des tiers, vis-à-vis desquels leurs conventions sont inexistantes, en créant l'effet déclaratif en dehors des cas prévus par la loi, de même ils nuiraient à des tiers en refusant, même par une stipulation formelle, le caractère déclaratif à un acte que la loi dote de ce caractère ; ils laissent subsister sur l'immeuble des hypothèques qui portent préjudice illégalement aux créanciers de l'attributaire définitif.

Cette solution est, en principe, acceptée par la jurisprudence. La plupart des arrêts décident, en termes absolus, que l'article 883 est applicable à tout acte qui a pour *effet* de dénouer l'indivision, sans faire aucune restriction pour le cas où, soit une stipulation formelle, soit l'objet visé par les contractants, exclurait cet effet déclaratif.

62. De même, en principe, la jurisprudence a toujours reconnu que la dénomination donnée par les parties à un acte susceptible, par sa nature, de produire l'effet déclaratif, ne met pas obstacle à cet effet (1).

On ne saurait opposer un arrêt ancien dans lequel la Chambre civile refuse l'effet déclaratif à une cession de droits successifs, qualifiée de vente (2). Cet arrêt s'appuyait principalement sur un autre motif encore,

(1) Cass. req., 25 janv. 1809, S. chron. (sol. impl.), et surtout Paris, 11 janv. 1808, rapporté avec cet arrêt.
(2) Cass. civ., 4 févr. 1822, S. chron.

et son but, d'ailleurs, était de préparer une évolution tendant à exiger, comme condition de l'effet déclaratif, la cessation absolue de l'indivision (1).

Au reste, dans un autre arrêt, un peu plus récent, la Chambre civile déclare l'effet déclaratif applicable aux actes qui, *quelle que soit leur qualification*, ont pour objet de faire cesser l'indivision (2) et cette jurisprudence a persisté (3).

63. Mais la Chambre des requêtes paraît avoir hésité à suivre ce système; elle permet aux juges de fait d'écarter l'art. 883 C. civ., si, d'après l'intention des parties, souverainement appréciée par eux, il y a eu, non pas licitation, mais vente ordinaire (4). Elle décide également qu'une vente de droits successifs, bien que l'acte dise avoir pour objet de faire cesser l'indivision, est une vente soumise à transcription, et passible d'un droit de transcription, si elle contient réserve du privilège du vendeur et de l'action résolutoire, et si elle écarte la garantie de l'article 884 C. civ. (5).

Peut-être, cependant, certains de ses arrêts n'ont-ils pas une portée aussi absolue qu'ils le paraissent. Le second, nous venons de le dire, a pour objet un conflit relatif à la perception du droit de transcription. La Cour de cassation a vraisemblablement voulu que les parties qui s'assurent tous les avantages d'une vente, acquittassent les mêmes droits que si elles faisaient effectivement une vente. Dans l'espèce tranchée par le premier, il s'agissait de savoir si les héritiers peuvent exiger que le prix de la licitation soit imputé sur les droits des colicitants adjudicataires; c'était là une question ne concernant que les rapports des copropriétaires entre eux. Or, ils règlent ces rapports comme ils l'entendent, les tiers n'y étant aucunement intéressés; l'effet déclaratif n'est d'ordre public que vis-à-vis et surtout au profit des tiers (6). Un seul des arrêts que nous venons de signaler a une portée vraiment absolue (7).

Les Cours d'appel, au contraire, admettent que l'art. 883 est d'ordre

(1) V. *supra*, n° 9.

(2) Cass. civ., 6 nov. 1832, S. 33, 1, 66.

(3) Cass. civ., 6 janv. 1846, S. 46, 1, 120; Cass. req., 29 mars 1856, S. 56, 1, 49, D. 54, 1, 331; Paris, 1er août 1903, *Gaz. du Pal.*, 1903, 2, 387.

(4) Cass. req., 10 juin 1845, S. 45, 1, 808. Dans l'espèce, il y avait une autre raison pour que l'effet déclaratif ne fût pas reconnu à l'acte, c'est que l'indivision ne cessait pas; v. *supra*, n° 11. — V. de même Cass. req., 25 juin 1845, S. 45, 1, 806 (2 arrêts), d'après lequel les juges du fond, se basant sur le mode d'exécution d'une cession de droits successifs passée entre les deux héritiers (inscription du privilège du vendeur), peuvent considérer qu'il y a eu non pas partage, avec privilège du copartageant, mais vente.

(5) Cass. req., 29 juillet 1857, S. 58, 1, 313.

(6) V. *infra*, n° 65.

(7) Cass. req., 25 juin 1845, précité.

public (1). Cependant quelques-unes ont suivi la jurisprudence de la Chambre des requêtes (2).

Cette dernière observation concerne surtout des décisions récentes. L'une d'elles est particulièrement énergique. Elle a reconnu l'effet déclaratif à une licitation qui faisait cesser l'indivision, en constatant que les parties, dans l'espèce, « ont voulu faire cesser immédiatement et définitivement l'indivision ; tel a été non seulement l'effet, mais le but essentiel de la licitation amiable à laquelle elles ont procédé. Rien n'autoriserait à leur prêter d'autres intentions que celles qu'elles ont pris soin elles-mêmes de formuler expressément; pour avoir été pratiquée à l'amiable, sans appareil de mise aux enchères, une licitation ne perd pas son caractère juridique » (3). Cet arrêt est d'autant plus important qu'en adoptant la doctrine inverse, il aurait justifié beaucoup plus fortement encore la solution qu'il a donnée.

64. Le but même suivi par les parties est indifférent. C'est ainsi que la dation en paiement, quand elle fait cesser l'indivision, produit l'effet déclaratif (4).

65. En tous cas, celles des conséquences de l'effet déclaratif qui ne lèsent aucun droit acquis aux tiers peuvent, ainsi que nous l'avons dit, être écartées par la convention. Par exemple, les parties peuvent régler comme elles le veulent la garantie des lots (5), soumettre le partage, la cession de droits successifs ou la licitation à la résolution ou à la folle-enchère, en cas d'inexécution des conditions (6).

CHAPITRE II

Personnes au profit desquelles l'indivision doit se dénouer pour que l'effet déclaratif se produise

66. Il faut ici laisser de côté les questions sur lesquelles les débats n'ont été ni vifs, ni durables, par exemple celles de savoir si l'effet déclaratif se produit lorsque l'indivision se dénoue au profit d'un héritier

---

(1) Lyon, 1er mars 1865, S. 65, 1, 166.

(2) Trib. d'Orange, 30 décembre 1885, S. 86, 2, 144. — Ce jugement s'appuie sur la jurisprudence de la Chambre des requêtes. Il se justifie en fait, car l'acte auquel il refuse l'effet déclaratif n'était une vente que dans la forme, et constituait en réalité un mandat.

(3) Grenoble, 20 janvier 1893, S. 93, 2, 265, D. 93, 2, 127.

(4) Toulouse, 16 mai 1846, S. 46, 2, 297 (sol. implic.); Cass. civ., 28 décembre 1886, S. 87, 1, 213 (délivrance de legs). — *Contra*, Poitiers, 18 mai 1881 et 9 mars 1893, S. 94, 2, 153.

(5) V. sur l'arrêt du 29 avril 1864, *supra*, n° 14.

(6) V. *supra*, n° 63.

bénéficiaire, ou d'une personne qui n'était pas originairement dans l'indivision et a acquis les droits d'un copropriétaire. Sur les deux points, l'affirmative a été admise très facilement.

Une seule question a été et est encore entièrement discutée : Y a-t-il effet déclaratif lorsque l'indivision se dénoue, — par une licitation ou une cession de droits successifs, — au profit d'une personne qui, à ce moment, était étrangère à l'indivision?

67. Lorsque l'indivision cesse au profit d'un étranger, l'effet déclaratif ne se produit pas *en ce qui concerne l'immeuble*. C'est un point constant (1). En d'autres termes, l'immeuble n'est pas affranchi de toutes les hypothèques provenant des personnes autres que l'acquéreur ou l'adjudicataire, c'est-à-dire des copropriétaires. S'il en était autrement, la question de l'effet déclaratif serait, d'une manière à peu près absolue, supprimée, puisque les hypothèques consenties pendant l'indivision par les copropriétaires seraient toujours appelées à disparaître, soit que l'indivision fût dénouée au profit d'un copropriétaire, soit qu'elle fût dénouée au profit d'un étranger, à l'exception, dans le premier cas seulement, des hypothèques provenant du propriétaire définitif lui-même. Cette observation est importante à faire, car, comme nous le montrerons, la jurisprudence a peut-être quelquefois oublié, sinon cette idée élémentaire elle-même, tout au moins certaines de ses conséquences.

Posée pour le cas où l'indivision se dénoue au profit d'une personne étrangère à cette indivision, la question de l'effet déclaratif prend la forme suivante : les hypothèques qui subsistent sur l'immeuble indivis aliéné au profit d'un étranger, sont-elles toutes celles qui proviennent des copropriétaires indivis, — dans la mesure même des droits indivis de chacun sur la chose, — ou seulement celles des copropriétaires dans le lot desquels le partage comprendra tout ou partie du prix, dans la mesure même où ce prix leur sera attribué? La première de ces deux solutions nie l'effet déclaratif, la seconde le reconnaît.

68. Lorsque la Cour de cassation eut à trancher pour la première fois la difficulté, elle l'esquiva, en décidant que, dans l'espèce, le tiers n'ayant acheté que les droits de certains des copropriétaires, l'indivision ne cessait pas (2).

Appelée à résoudre directement la question, elle a d'abord reconnu que la vente au profit d'un étranger est subordonnée aux résultats du partage et produit, en ce qui concerne le prix, l'effet déclaratif. La Chambre des

(1) Paris, 2 mars 1812, S. chron., et implicitement tous les arrêts rendus sur la question. V. cep. Lyon, 21 décembre 1831, S. 32, 2, 274, qui, dans une espèce où une cession était faite par un copropriétaire à l'un des autres, dit, en passant, que la licitation au profit d'un seul cohéritier ou d'un seul *étranger* produit l'effet déclaratif.

(2) Cass. req., 18 mars 1829, S. chron.

requêtes a décidé en effet que, dans les rapports des héritiers avec les créanciers, cette vente n'est pas un partage, mais une opération provisoire subordonnée aux effets des rapports qui peuvent anéantir les attributions de chacun; qu'en conséquence, vis-à-vis des créanciers, l'indivision est réputée subsister et que le créancier hypothécaire d'un héritier ne peut mettre en vente, conformément à l'art. 2205, la part de son débiteur qu'après avoir fait procéder au partage de la succession (1). Il résulte bien de là que, suivant la Cour de cassation, les droits réels grevant l'immeuble du chef de l'héritier qui sera attributaire du prix, subsistent et subsistent seuls. C'est ainsi que l'arrêt a été interprété (2).

Le même système a été, peu de temps après, — et cette fois avec un motif à l'appui, — adopté par la Chambre civile. Il lui a paru que le tiers adjudicataire ne peut payer une portion du prix à l'un des colicitants (ou compenser avec cette portion une créance lui appartenant sur le même colicitant), ce paiement devant être nul si, en fait, ce colicitant ne recevait dans son lot, par le partage ultérieur, aucune portion du prix (3). Le motif est que, suivant l'art. 1239 C. civ., on ne peut payer qu'au créancier; motif manifestement insuffisant et qui se réduit à une pétition de principe, car il faudrait démontrer que, dès à présent, chacun des colicitants n'est pas créancier du prix pour sa part héréditaire, c'est-à-dire que la licitation a produit l'effet déclaratif. Bien plus, la Cour de cassation a reconnu plus tard que les créances hypothécaires, bien que soumises à l'effet déclaratif du partage, peuvent être, avant le partage, payées à chacun des cohéritiers ou réclamées par lui dans la mesure de sa part héréditaire; par conséquent, à supposer même que la créance du prix fût dotée de l'effet déclaratif, le paiement que la Cour de cassation interdisait était légitime.

Ce système fut également adopté par une Cour d'appel qui suspend l'ordre jusqu'au partage du prix (4).

69. Cependant la négation de l'effet déclaratif semble résulter d'un arrêt qui, cassant une décision de la Cour de Grenoble (5), admet les

---

(1) Cass. req., 16 janvier 1833, S. 33, 1, 87.

(2) S. 67, 2, 257; Demolombe, *Tr. des suc.*, t. V, n° 273. — Cependant M. Labbé (note sous Cass. civ., 14 décembre 1887, S. 89, 1, 193) ne fait dater le mouvement que de l'arrêt du 18 juin 1834.

(3) Cass. civ., 18 juin 1834, S. 34, 1, 733, Dall., Rép., v° Contr. de mar., n° 2320 et v° Suc., n° 2105. — Ainsi que le fait remarquer M. Labbé (*loc. cit.*), l'espèce était défavorable au créancier hypothécaire du mari, mais non pas à cause de la possibilité des prélèvements de la femme mariée (il s'agissait d'une communauté dissoute), car ces prélèvements peuvent se rencontrer dans tout partage; seulement il y avait eu dans l'adjudication une réserve au profit des héritiers de la femme.

(4) Aix, 23 janvier 1835, S. 35, 2, 267.

(5) Grenoble, 24 janvier 1835, S. 36, 2, 20.

créanciers d'un héritier à surenchérir sur la cession de droits successifs consentie par ce dernier, en se fondant sur ce que, contrairement à l'assertion de la Cour d'appel, la cession a transféré, non pas une simple action en partage, susceptible d'hypothèque, mais une part indivise en propriété (1).

Et l'on ne peut regarder comme ayant admis l'effet déclaratif les arrêts qui permettent au créancier hypothécaire de l'un des copropriétaires d'adresser, avant le partage, la sommation de payer ou délaisser au tiers adjudicataire, et, si ce dernier ne répond pas à la sommation, de l'exproprier ; il ne résulte pas de ces arrêts qu'après le partage, si le prix de l'adjudication n'est en aucune manière compris dans le lot du débiteur, le créancier perde son droit de sommer le tiers détenteur, c'est-à-dire que l'effet déclaratif se produise (2). Cependant cette solution est peut-être préjugée par les arrêts (3) ; en tout cas elle était nettement proclamée, dans l'une des espèces, par la Cour d'appel, d'après laquelle l'hypothèque n'existe que sous condition résolutoire, et disparaît, par l'effet déclaratif, si le prix est compris dans un autre lot (4) ; la Cour d'appel, pour accorder, jusqu'au partage, au créancier le droit de sommation, s'appuyait sur l'idée que ce droit ne fait pas défaut aux créanciers sous condition résolutoire.

70. En tout cas, malgré l'autorité de la Cour de cassation, des Cours d'appel décidèrent que l'adjudication ou la vente amiable, au profit d'un tiers étranger à l'indivision, n'est pas pourvue de l'effet déclaratif et laisse subsister sur le prix toutes les hypothèques provenant des divers copartageants (5).

D'autres arrêts de Cours d'appel, au contraire, ont décidé qu'après le partage du prix, les créanciers hypothécaires des copartageants dans le lot desquels le prix a été compris, ont seuls action sur ce prix (6).

71. En ce qui concerne le payement du prix, les vrais principes ont été établis par une Cour d'appel, qui a reconnu que l'art. 883 doit être écarté, et que le payement doit être effectué entre les mains des copropriétaires,

---

(1) Cass. civ., 21 janvier 1839, S. 39, 1, 87.

(2) Cass. civ., 26 juillet 1848, S. 48, 1, 561, D. 49, 1, 328 ; Cass. req., 2 décembre 1862, S. 63, 1, 255.

(3) V. la note précitée de M. Labbé. — Il importe peu qu'aux termes du second l'hypothèque suive l'immeuble entre les mains du tiers détenteur ; cela n'empêche pas que l'effet déclaratif ne puisse se produire après la distribution du prix.

(4) Orléans, 7 février 1845, sous Cass., 26 juillet 1848, précité. — Comp. Aix, 23 janvier 1835, précité.

(5) Douai, 2 mai et 25 juillet 1848, S. 49, 2, 393 et 395, D. 49, 2, 184 et 185 ; Grenoble, 27 janvier 1859, S. 60, 2, 111, D. 88, 1, 385 (en note).

(6) Grenoble, 2 juin et 19 août 1863, S. 63, 2, 249, D. 64, 2, 100 ; Douai, 5 juin 1866, S. 67, 2, 257.

proportionnellement à leurs droits, et garde son efficacité malgré des attributions ultérieures différentes (1).

72. C'est en invoquant l'effet déclaratif que certaines Cours d'appel ont, en sens contraire, refusé au créancier hypothécaire d'un copartageant le droit de sommer le tiers adjudicataire de payer ou délaisser, ou celui de surenchérir. « Au cours de l'instance en compte, liquidation et partage, la licitation n'est le plus souvent et n'était dans la cause qu'un incident de l'instance principale, un préalable sans lequel l'opération finale n'aurait pu s'accomplir, et dont l'effet consiste simplement à transformer un élément impartageable en une valeur de nature à pouvoir être divisée conformément aux droits des parties ; mais la condition des ayants droit est toujours réglée par l'art. 883 et, subordonnée à l'événement du partage, reste en suspens, c'est-à-dire que les portions du prix des immeubles licités ne seront affectées à la créance et aux droits du créancier de l'héritier qu'autant que, par l'effet du partage, ils auront été compris dans le lot du débiteur » (2).

73. Plus tard, la Cour de cassation a nié elle-même l'effet déclaratif. Toutefois l'arrêt rendu en ce sens par la Chambre des requêtes (3), — et où d'ailleurs la solution n'est donnée qu'incidemment, — a été peut-être par erreur souvent interprété (4) comme refusant d'admettre en principe l'effet déclaratif en matière d'adjudication ou de vente d'un bien indivis au profit d'un tiers étranger à l'indivision. Il ne paraît pas aller aussi loin ; il dit simplement que l'immeuble adjugé au profit d'un colicitant n'est pas, comme si l'acquéreur était un tiers, dégagé des hypothèques provenant de tous les non adjudicataires ; et nous avons dit que la solution ainsi donnée pour le cas où l'acquéreur est un tiers, ne peut être contestée (5). En tout cas, la question de savoir si l'adjudication prononcée au profit d'un tiers étranger à l'indivision produit l'effet déclaratif n'a pas été agitée.

74. Mais, sur ces entrefaites, la jurisprudence qui appliquait l'effet déclaratif au partage des créances héréditaires (6) prenait consistance. En s'appuyant sur cette solution, des Cours d'appel décidaient que le partage du prix de la vente est déclaratif, et que par conséquent ce prix appartient, par ordre d'hypothèque, aux créanciers du copartageant auquel il est attribué par le partage (7).

---

(1) Rouen, 24 avril 1857, S. 58, 2, 119.

(2) Orléans, 17 mai 1870, S. 71, 2, 160, Dall., Rép., Suppl., v° Succ., n° 1334. — V. aussi Paris, 3 juill. 1872, D. 74, 2, 23.

(3) Cass. req., 8 mars 1875, S. 75, 1, 449, D. 76, 1, 369.

(4) Notamment par M. Labbé, *loc. cit.*

(5) V. *supra*, n° 67.

(6) V. *infra*, n°s 90 et suiv.

(7) Alger, 24 déc. 1877, S. 78, 2, 214, Dall., Rép., Suppl., v° Succ., n° 1327, 2°. — V. aussi Aix, 4 mai 1887, *Bull. de la Cour d'Aix*, 1888, p. 78.

C'est cette solution qu'adopta enfin la Chambre des requêtes, dans une espèce où elle s'inspirait de considérations fort sérieuses d'équité. Des hypothèques avaient été consenties par l'un des cohéritiers, dont la part était absorbée par ses rapports. Nier l'effet déclaratif, c'était permettre à son créancier hypothécaire d'absorber la part héréditaire du débiteur dans le prix, et laisser sans ressources ses cohéritiers, créanciers du rapport, car la jurisprudence ne reconnaissait pas de droit de préférence à ces derniers, vis-à-vis des créanciers hypothécaires de l'héritier du débiteur du rapport. En appliquant au contraire l'art. 883, on dégageait de l'hypothèque le prix, par cela même que ce prix, — la part du débiteur du rapport disparaissait par ce rapport même, — était attribué en entier aux autres copartageants.

La Cour d'appel (1) n'avait pas manqué d'invoquer cet argument d'équité. En droit, elle paraît avoir voulu faire une distinction entre les créances de la succession et le prix de la licitation d'un immeuble héréditaire : les créances de la succession peuvent, par application de l'art. 1220 C. civ., être saisies, pour la part héréditaire de chaque héritier, par les créanciers, au moins jusqu'au partage. Le prix d'un immeuble ne le peut pas : le prix étant la représentation de l'immeuble, il faut attendre le partage. C'était la théorie autrefois admise, pour toutes les créances héréditaires, par la Cour de cassation, et plus tard repoussée par elle (2).

La Chambre des requêtes ne va pas aussi loin. Elle décide simplement qu'une fois le partage accompli, les créanciers de l'héritier dans le lot duquel est placé le prix ont seuls action sur le prix ; et elle le décide en établissant une assimilation entre ce prix et une créance héréditaire : le prix est « une créance faisant partie de l'actif héréditaire indivis » et auquel s'applique l'art. 883 (3).

On a plus tard (4) essayé de limiter la portée de cet arrêt ; on a prétendu que le seul cas où l'effet déclaratif se produise d'après l'arrêt, est celui où l'expropriation de l'immeuble a été poursuivie par les créanciers héréditaires, et que l'arrêt repousse même nettement l'effet déclaratif dans les autres hypothèses. C'est une erreur : l'arrêt s'exprime dans les termes les plus absolus et ne fait même aucune allusion, — non plus que celui de la Cour d'appel, — à cette circonstance que, dans l'espèce, l'expropriation était poursuivie par les créanciers héréditaires.

Le rapport du conseiller Babinet n'est pas moins net : repoussant l'idée,

(1) Dijon, 23 févr. 1880, précité. — D'autres arrêts insistent sur l'argument. V. Orléans, 25 juill. 1890, cité *infra*.

(2) V. *infra*, nos 90 et suiv.

(3) Cass. req., 22 févr. 1881, S. 84, 1, 117, D. 81, 1, 209.

(4) Dans la défense au pourvoi sous l'arrêt du 14 déc. 1887. — Comp. dans le même sens, Labbé, *loc. cit.*

exprimée par la Cour d'appel, que le prix de la licitation est la représentation de l'immeuble, il y voit une créance héréditaire. Il reconnaît que, conformément à la jurisprudence qui concerne ces créances, la partie du prix représentant la part héréditaire de chaque héritier appartient à ses créanciers, mais seulement jusqu'au partage, qui est déclaratif.

75. Cette jurisprudence fut complètement renversée par la Chambre civile en 1887 (1). Elle refusa l'effet déclaratif aux licitations dénouées au profit d'une personne étrangère à l'indivision : le prix est divisé entre les héritiers dans la proportion de leurs parts héréditaires, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des attributions ultérieures. Les hypothèques consenties par chacun des copartageants sont donc reportées définitivement sur la portion du prix représentant la part héréditaire de ce copartageant. Il n'est pas possible, dit la Cour de cassation, de considérer l'adjudicataire comme ayant été propriétaire dès avant la vente.

76. Les deux arrêts de 1881 et de 1887 se concilieraient cependant si l'on attachait une importance, en droit, à cette circonstance que le premier a statué sur une adjudication intervenue à la suite d'une expropriation forcée, et le second sur une vente émanée de l'initiative des copropriétaires : poursuivant l'interprétation qu'on a donnée de l'arrêt de 1881, on disait que l'effet déclaratif se produit dans le premier cas, et ne se produit pas dans le second. Mais pas plus que l'arrêt de 1881, celui de 1887 n'a fait état des faits ; l'un et l'autre ont émis une théorie générale.

On ne voit pas, d'ailleurs, sur quelle raison de droit ou de justice reposerait la distinction. Bien au contraire, elle serait en opposition avec la solution adoptée par certains arrêts sur le point de savoir si l'effet déclaratif est attaché aux actes qui, tout en faisant cesser l'indivision au profit de l'un des cohéritiers, n'ont pas eu pour but de dénouer l'indivision : d'après ces arrêts, la licitation amiable, intervenue au profit d'un copropriétaire, est pourvue de l'effet déclaratif, et il en est autrement de l'adjudication sur saisie tranchée à son profit (2). Par un phénomène bizarre, ce serait exactement la distinction inverse qu'adopterait la Cour de cassation dans le cas d'une licitation intervenue au profit d'un tiers étranger à l'indivision.

77. Il ne serait pas plus exact de soutenir que, suivant la Cour de cassation, la licitation tranchée au profit d'un étranger est ou non pourvue de l'effet déclaratif, suivant qu'elle aurait lieu dans le cours d'une instance en liquidation et aurait pour but de préparer le partage, ou qu'elle interviendrait en dehors de toute procédure de ce genre. Cette distinction ne s'expliquerait pas davantage (3) : d'abord il n'y a pas identité entre une

(1) Cass. civ., 14 déc. 1887, S. 89, 1, 193, D. 88, 1, 385.
(2) V. *supra*, n° 27.
(3) V. LABBÉ, *loc. cit.*

licitation intervenue dans le cours d'une instance en liquidation et une licitation destinée à préparer le partage ; sans qu'aucune liquidation soit commencée, la licitation peut avoir pour but de préparer le partage. En tout cas, l'art. 883 ne se préoccupe aucunement, dans la détermination des conditions de l'effet déclaratif, des circonstances où a lieu la licitation. La jurisprudence et la doctrine, enfin, ne tiennent pas compte de ces circonstances lorsque la licitation est tranchée au profit d'un copropriétaire ; il serait illogique d'en tenir compte lorsqu'elle est tranchée au profit d'un tiers.

Cette dictinction, au surplus, ne concilierait en aucune manière les arrêts de 1881 et de 1887 : l'arrêt de 1881, qui reconnaît l'effet déclaratif, n'a pas été rendu à propos d'une licitation destinée à préparer le partage, puisque l'acte n'était même pas provoqué par les cohéritiers. L'arrêt de 1887 ne dit pas que, dans l'espèce, l'acte n'ait pas eu pour objet de préparer le partage. Tous deux s'expriment en termes absolus.

78. Une autre tentative de conciliation encore a été faite. Dans l'espèce de l'arrêt de 1887, les immeubles vendus appartenaient à une société qui s'était dissoute peu après la vente, effectuée pour répondre au but de l'association. Le prix, valeur sociale, appartenait de plein droit, comme tous les biens de la société, aux associés suivant leurs droits sociaux ; la liquidation qui, faisant apparaître le droit de l'un des associés à des prélèvements considérables, lui avait attribué le prix, ne devait pas nuire aux créanciers des autres associés, ces créanciers n'ayant pu prévoir cette situation. Au contraire, quand il s'agit soit d'une succession, soit d'une communauté ou d'une société dissoute, la liquidation est la fin normale de l'indivision, et les créanciers doivent s'attendre à la liquidation et aux résultats désavantageux qu'elle peut produire vis-à-vis d'eux. C'est pourquoi l'arrêt de 1881, relatif à cette dernière hypothèse, a admis l'effet déclaratif, que l'arrêt de 1887 a repoussé (1).

On peut affirmer qu'aucun des deux arrêts n'a entrevu cette distinction, car les théories, contraires l'une à l'autre, qu'ils développent sont toutes deux exprimées en termes absolus. Du reste, si les créanciers peuvent s'attendre au partage du prix dans la seconde catégorie de cas, ils peuvent également s'y attendre dans la première hypothèse : une société est temporaire, elle se dissoudra nécessairement un jour ou l'autre, il arrivera même que l'époque fixée par les statuts pour sa dissolution sera postérieure de très peu de jours à la licitation. En tout cas, il ne s'agit pas de savoir si les créanciers devaient prévoir le partage, mais si, d'après la loi, ce partage peut leur être préjudiciable. A cet égard, l'art. 883 ne fait aucune distinction ; il dit, sans restriction, que le copropriétaire est réputé

(1) Labbé, *loc. cit.*

avoir toujours été propriétaire unique de son lot, et la question de savoir si ce texte s'applique au prix d'une adjudication prononcée au profit d'un tiers est toujours la même.

79. Cette interprétation absolue est celle qu'a reçue des Cours d'appel l'arrêt de 1887 (1). Elles ont d'abord refusé de suivre la Chambre civile, et ont appliqué l'effet déclaratif (2); l'une d'elles a pris soin de dire qu'aucune distinction n'était à faire entre la licitation préliminaire au partage et celle qui se suffit à elle-même (3). Une autre, au contraire, paraît n'admettre cette solution que pour le cas où la licitation est le préliminaire du partage (4). Finalement les Cours d'appel se sont ralliées à la doctrine nouvelle de la Chambre civile (5).

80. De l'idée que le *prix* représente l'immeuble, les Cours d'appel dissidentes ont été jusqu'à conclure que le principe d'après lequel, jusqu'au partage en tout cas, et à supposer que l'effet déclaratif s'applique aux créances héréditaires (6), ces créances sont, en vertu de l'art. 1220 C. civ., réputées se diviser entre les héritiers, n'est pas applicable au prix de la vente : ce prix ne constitue pas une créance héréditaire, il n'est pas plus supposé se diviser provisoirement que l'immeuble lui-même (7).

81. Un nouvel arrêt de la Chambre civile a supprimé toute possibilité d'hésitation sur la portée du revirement effectué en 1887 : « Cet article (l'art. 883) ne vise que le cas où l'adjudication sur licitation a lieu au profit de l'un des colicitants; il est donc sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur les effets qu'il a acquis; dans ce cas, les droits constitués pendant la durée de l'indivision subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties » (8). Ici la licitation était intervenue

(1) Toulouse, 30 juil. 1888, S. 89, 2, 99, D. 89, 2, 25.

(2) Toulouse, 30 juil. 1888, précité; Dijon, 20 mars 1889, S. 89, 2, 179, D. 92, 1, 191 (sous Cass.); Orléans, 25 juil. 1890, S. 91, 2, 167, D. 91, 2, 236; Trib. de Marseille, 25 mai 1888, *Rec. d'Aix*, 1888, 2ᵉ partie, p. 307; Trib. de la Seine, 26 janv. 1889, *Le Droit*, 7 fév. 1889; Trib. de Charolles, 13 juin 1889, *Le Droit*, 3 juil. 1889; Trib. de la Seine, 5 août 1889 *Le Droit*, 29 nov. 1889; — 3 juil. 1890, *Le Droit*, 20 juil. 1890; — 23 juil. 1891, *Pand. franç.*, 93, 1, 33 (en note).

(3) Toulouse, 30 juil. 1888, précité.

(4) Orléans, 25 juil. 1890, précité.

(5) Trib. de la Seine, 30 oct. 1893, *Moniteur jud. de Lyon*, 4 déc. 1893; Alger, 10 avril 1894, D. 94, 2, 462 (motifs); Caen, 30 oct. 1894, *Le Droit*, 16 nov. 1894; Montpellier, 7 mars 1895, sous Cass. req., 19 oct. 1896, S. 98, 1, 41; Riom, 31 janv. 1896, *Rec. de Riom*, 1895-96, p. 165; Douai, 26 mars 1896, D. 97, 2, 147; Nancy, 7 juil. 1896 (motifs) S. 97, 2, 123.

(6) V. *infra*, nᵒˢ 89 et suiv.

(7) Toulouse, 30 juil. 1888, S. 89, 2, 99, D. 89, 2, 25; Orléans, 15 juil. 1890, S. 91, 2, 167, D. 91, 2, 236.

(8) Cass. civ., 17 février 1892, S. 94, 1, 417, D. 92, 1, 191.

préparatoirement au partage, et c'est là même une circonstance que l'arrêt n'a pas jugé nécessaire de signaler; il est donc devenu désormais impossible d'imputer à la Cour de cassation une distinction irrationnelle entre le cas où la licitation est le préliminaire d'un partage et celui où elle intervient en dehors de toute instance en liquidation.

L'importance qu'on attachait au fait que l'arrêt de 1887 concernait une société encore existante disparaît également; car le nouvel arrêt reproduit la solution de l'arrêt précédent dans une espèce où il s'agissait d'une communauté dissoute, sans d'ailleurs que la Chambre civile ait davantage estimé utile de faire ressortir cette circonstance. La théorie est donc désormais complète : la licitation au profit d'un étranger est, en toute hypothèse, privée de l'effet déclaratif; de quelque manière que le prix soit ultérieurement distribué, tous les droits réels provenant de l'un ou de l'autre des copartageants persistent sur l'immeuble, dans la mesure, et seulement dans la mesure, des droits héréditaires ou sociaux de ces copartageants.

82. A son tour la Chambre des requêtes a admis ce système : la licitation au profit d'un étranger substitue à la propriété des immeubles « la propriété du prix de vente, régi par les principes de la vente et non par ceux du partage » (1).

Les Cours d'appel et les tribunaux s'engagèrent sans hésiter dans la même voie (2) et la Cour de cassation y a persisté (3).

83. Ces surprenants changements de jurisprudence peuvent s'expliquer par des raisons pratiques de grande valeur. C'est que, s'il y avait des inconvénients, au point de vue de l'équité, à nier l'effet déclaratif, il n'y en avait pas moins à le reconnaître : les créanciers hypothécaires des copartageants sont, dans le système de l'effet déclaratif, à la discrétion de ces derniers, qui peuvent combiner leurs attributions de manière à faire tomber le prix dans le lot d'un copartageant qui n'a pas constitué d'hypothèque. Sans doute, le créancier peut intervenir au partage et exiger que les opérations se poursuivent en sa présence, et c'est là l'argument par lequel la jurisprudence s'excusait autrefois d'attribuer à l'acte l'effet décla-

(1) Cass. req., 19 oct. 1896, S. 98, 1, 41, D. 97, 1, 44.

(2) Douai, 28 avril 1897, *La Loi*, 17 mars 1898; Angers, 7 déc. 1897, sous Cass., 18 juin 1900, cité *infra*; Bordeaux, 21 juil. 1898, *Rec. de Bordeaux*, 99, 1, 40; Bourges, 28 nov. 1898, S. 1901, 2, 249; Caen, 1er mai 1899, S. 1903, 2, 103, D. 1900, 2, 49; Trib. de la Seine, 1er août 1899, *Droit*, 24 déc. 1899; Trib. de la Seine, 20 nov. 1900, *Droit*, 19 janv. 1901; Besançon, 15 nov. 1901, *Gaz. du Pal.*, 1901, 2, 623; Paris, 20 fév. 1902, *Droit*, 1er janv. 1903; Trib. de la Seine, 20 mars 1903, *Droit*, 28 août 1903; Toulouse, 11 juin 1903, S. 1903, 2, 263. — *Contra*, Trib. de la Seine, 12 avr. 1904, *Gaz. du Pal.*, 1904, 1, 669.

(3) Cass. civ., 7 juin 1899, S. 99, 1, 457; Cass. civ., 18 juin 1900, S. 1900, 1, 361; Cass. req., 29 juin 1904 (2 arrêts).



ratif; mais l'expérience montra que ce n'était pas un remède suffisant : les créanciers ignorent souvent l'imminence du partage; leur intérêt ne suffit pas à dicter les attributions, lesquelles dépendent de beaucoup d'autres considérations; les lots sont souvent tirés au sort; enfin il y a des créanciers hypothécaires, et ce sont les plus intéressants, — les mineurs et les femmes mariées, — qui ne sont pas généralement en situation de faire valoir leurs intérêts.

Voilà ce qu'il faut répondre aux auteurs qui applaudissent au caractère incertain de l'hypothèque et, mettant en balance les intérêts des copartageants, créanciers en vertu de prélèvements et ceux des créanciers hypothécaires, donnent la préférence aux premiers (1).

Ce qui devait encore conduire à un changement de jurisprudence, c'est que la Cour de cassation, dans ses derniers arrêts, établit, ici comme ailleurs (2), une solidarité absolue entre l'effet déclaratif, d'une part et, d'autre part, le privilège du copartageant (3), et probablement aussi les règles de la garantie que sanctionne ce privilège. A notre avis, cette solidarité n'existe pas, à supposer même qu'elle existe dans le cas où l'indivision se dénoue au profit des copartageants : l'effet déclaratif avait été admis par la jurisprudence, dans sa phase antérieure, uniquement pour *le prix* de la licitation prononcée au profit d'un étranger; l'effet déclaratif ne s'appliquait pas à la chose elle-même, qui était réputée avoir été vendue, et, par suite, dans les rapports entre les copropriétaires et le tiers acquéreur, les règles de la vente étaient seules applicables. Mais, puisque, dans ses derniers arrêts, la Cour de cassation semblait oublier cette distinction, il lui était, en équité, impossible de maintenir sa jurisprudence : il serait profondément inique que, par ce seul fait que l'acquéreur a eu plusieurs auteurs, la garantie à lui due fût plus étroite que s'il en avait eu un seul, alors que cette garantie a été rendue plus étroite uniquement pour sauvegarder l'égalité dans le partage, c'est-à-dire en faveur des copropriétaires seuls; il serait inique que, de leur côté, ces derniers eussent une garantie plus étendue, un privilège plus large et autrement conservé que si un seul d'entre eux avait été vendeur. De même, la Cour de cassation ne pouvait se résoudre à décider, — ce qui, dans la conception adoptée par elle, eût été cependant fatal, — que la licitation au profit d'un étranger est rescindable pour cause de lésion de plus du quart, alors que la vente faite par un propriétaire unique est beaucoup plus difficilement annulable. Dans ces considérations réside certainement en partie le secret du revirement de la jurisprudence.

---

(1) V. par exemple Labbé, *loc cit.*

(2) V. *supra*, n° 59.

(3) V. notamment Cass. req., 19 oct. 1896, S. 98, 1, 41, D. 97, 1, 44. — V. *infra*, n° 87.

84. La conséquence la plus importante de cette théorie est, on l'a vu, que sur la portion héréditaire ou virile du prix revenant, par le fait même de la vente, à un copropriétaire, ses créanciers exercent leur hypothèque au détriment même des autres copropriétaires, créanciers du premier en vertu d'un rapport. S'ils ont, d'après une jurisprudence constante, un privilège vis-à-vis des créanciers du cohéritier débiteur, c'est seulement sur les biens héréditaires; or, nier ici l'effet déclaratif, c'est précisément refuser au prix la qualité de biens héréditaires.

Cette conséquence a été acceptée sans difficulté (1).

Toutefois, dans ces derniers temps, une Cour d'appel a essayé de concilier la plus récente jurisprudence de la Cour de cassation avec les intérêts, qui avaient donné lieu à l'ancienne jurisprudence, des héritiers auxquels est dû un rapport. Tout en reconnaissant que la licitation au profit d'un étranger n'a pas l'effet déclaratif, cette Cour d'appel a soutenu que si, sur la partie du prix qui constitue la part héréditaire ou virile d'un copartageant, le créancier hypothécaire de ce copartageant peut exercer son hypothèque, l'hypothèque ne s'exerce pas au détriment des autres copropriétaires, vis-à-vis desquels le débiteur est débiteur d'un rapport (2). On voit reparaître ici l'idée fausse que le créancier pouvait, par une opposition ou une intervention, sauvegarder ses droits. Par-dessus tout, l'arrêt invoque, — ce qui n'est guère juridique et, au surplus, peut être sérieusement contesté, — l'idée que le droit des créanciers repose sur leur intérêt privé, et le droit des cohéritiers sur un grand intérêt social. Il dit enfin que le rapport, opposable aux créanciers chirographaires, doit l'être également aux créanciers hypothécaires; et ceci contredit l'idée que la licitation au profit d'un étranger n'est pas déclarative, car si elle n'est pas déclarative, c'est parce que le prix de la licitation ne constitue pas une valeur héréditaire, et c'est uniquement sur les valeurs héréditaires que les créanciers d'un rapport sont préférés au débiteur de ce rapport.

85. Il n'y a qu'un moyen d'arriver à justifier la préférence des cohéritiers créanciers d'un rapport sur les créanciers hypothécaires des débiteurs du rapport. C'est de rompre avec la jurisprudence nouvelle, et d'attribuer l'effet déclaratif à la licitation. Une autre Cour d'appel, n'osant pas aller jusque-là, a fait une distinction : l'effet déclaratif ne se produit pas s'il s'agit d'une vente ordinaire faite par les copropriétaires ; il se produit si la licitation prépare le partage et constitue un incident de la liquidation (3). C'est une distinction qu'on a, nous l'avons vu, imputée

(1) V. notamment Caen, 1er mai 1899, précité; Cass. civ., 7 juin 1899, précité; Trib. de la Seine, 20 nov. 1900, précité ; Paris, 20 fév. 1902, précité ; Cass. req., 29 juin 1904, précités (deux arrêts).

(2) Besançon, 15 novembre 1901, précité.

(3) Dijon, 2 décembre 1903, *Gaz. du Pal.*, 1904, 1, 65.



faussement autrefois à la Cour de cassation. Il est surprenant que, pour justifier sa solution dans le second cas, la Cour d'appel s'appuie sur des arguments qui s'appliqueraient avec la même force dans le premier : le prix est la représentation de la chose vendue, il constitue une valeur héréditaire, le créancier aurait pu protéger ses intérêts en intervenant au partage.

Tout ceci montre que la nouvelle jurisprudence n'est pas universellement acceptée. La question est posée par les arrêts sur le terrain des intérêts plutôt que sur celui des principes; et on ne peut, dès lors, affirmer que la doctrine de la Cour de cassation soit définitive.

86. Les arrêts rendus par la Cour de cassation impliquaient une restrictions. L'effet déclaratif ne se produit pas, disaient-ils, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix (1); en d'autres termes, l'immeuble n'est pas réputé avoir, dès l'origine de l'indivision, appartenu exclusivement à l'héritier dans le lot duquel le prix sera compris. Mais ceci signifie aussi implicitement que, si le prix est attribué à l'un des copartageants avant la licitation ou dans l'acte même de licitation, l'effet déclaratif se produit (2). Et, à la vérité, attribuer le prix à l'un des cohéritiers, au moment ou avant le moment de la licitation, c'est s'exprimer dans le même sens que si on faisait figurer dans le lot de ce copartageant l'immeuble lui-même.

C'est, en effet, ce qu'ont décidé les Cours d'appel (3) et la Cour de cassation. L'art. 883 est applicable si, « par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs successorales, y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité; cette convention de partage, mettant fin à l'indivision, doit produire les effets déterminés par l'art. 883 du jour où elle est intervenue » (4).

87. Il y a, en tout cas, certains côtés par lesquels la licitation au profit d'une personne étrangère à l'indivision doit être regardée comme une vente. Dans les rapports entre les copropriétaires et l'acquéreur, l'acte, comme nous l'avons dit, est une vente. Donc :

1) Les hypothèques ne disparaissent pas sur l'immeuble, l'acte est sujet à transcription, par suite aussi le droit de transcription est dû. C'est ce que nous avons déjà montré.

2) La licitation est résoluble pour inexécution des conditions (5).

3) Les règles de la garantie sont celles de la vente et non pas celles du partage. Car l'art. 884 a pour but de maintenir l'égalité entre les copar-

(1) Cass., 17 février 1892 et 19 octobre 1896, précités.
(2) V. notre note au *Sirey*, sous Cass. req., 19 octobre 1896, précité.
(3) Angers, 7 décembre 1897, précité.
(4) Cass. civ., 18 juin 1900, précité.
(5) Nîmes, 2 août 1838, S. 39, 2, 152.

tageants, et la garantie, qui met en rapport le tiers acquéreur ou adjudicataire avec l'ensemble des copartageants et non pas les copartageants entre eux, est indifférente à cette égalité.

4) De même, et pour la même raison, l'acte n'est rescindable pour cause de lésion que dans les conditions où la vente, et non pas le partage, est rescindable.

5) Toujours pour la même raison, le recouvrement du prix n'est pas garanti par le privilège du copartageant (1).

Il ne semble pas cependant que cette doctrine soit pour le moment celle de la Cour de cassation. Pour décider que la licitation au profit d'un étranger ne donne pas lieu au privilège du copartageant, elle se fonde sur ce que cette licitation ne produit pas l'effet déclaratif. Elle reconnaîtrait donc, dans le cas où cette licitation a l'effet déclaratif, l'existence du privilège du copartageant, et probablement aussi toutes les conséquences que nous venons de repousser. Nous avons montré les injustices et les inconvénients de ce système; il convient d'ajouter que la solution reste douteuse, car la question de savoir si l'effet déclaratif a, pour la licitation prononcée au profit d'un étranger, les mêmes conséquences, *en ce qui concerne les biens licités*, que la licitation entre copropriétaires, n'a pas encore été agitée directement devant la Cour de cassation.

CHAPITRE III

Biens auxquels peut s'appliquer l'effet déclaratif

88. Les controverses ont eu ici pour objet deux catégories de biens : d'une part les créances héréditaires, d'autre part la soulte de partage et le prix de la licitation.

Section première

Créances héréditaires

89. Les Cours d'appel avaient d'abord reconnu que chacun des héritiers peut, avant le partage, exiger du débiteur sa part dans la créance héréditaire (2), et qu'alors cette créance n'est pas comprise au partage (3). C'était l'application de l'art. 1220 C. civ.; pour la consacrer, les arrêts ne se crurent pas obligés de déterminer si l'effet déclaratif s'applique ou non

(1) *Contra*, Cass. req., 19 octobre 1896, S. 98, 1, 41, D. 97, 1, 44; Trib. de la Seine, 12 avril 1904, *Gaz. du Palais*, 1904, 1, 669.

(2) Bourges, 6 août 1825, S. chron., D. 29, 2, 292; Paris, 19 janvier 1831, S. 31, 2, 176, D. 31, 2, 104.

(3) Bourges, 6 août 1828, précité.



aux créances; il leur semblait que tout en admettant sur ce dernier point l'affirmative, conformément aux termes généraux de l'art. 883, on pouvait devant l'art. 1220, qui divise de plein droit les créances entre les cohéritiers, permettre à chacun de ces derniers de recouvrer sa part.

90. Telle ne fut pas immédiatement l'opinion de la Cour de cassation. D'après la Chambre des requêtes, l'effet déclaratif s'applique aux créances à un tel point que, jusqu'au partage, les créanciers de chacun des héritiers ne peuvent saisir la part héréditaire de leur débiteur dans la créance (1).

Mais la solution contraire résulte d'autres arrêts de la Chambre des requêtes qui, jusqu'au partage, permettent au débiteur de payer à chaque héritier la portion de la créance équivalente à la part héréditaire de ce dernier, à chaque héritier d'exiger ce paiement (2), et au débiteur d'opposer à chaque héritier la compensation (3). De ce que nous avons déjà dit, il résulte que ces arrêts, conformes aux termes de l'art. 1220, ne peuvent être considérés comme ayant repoussé l'application de l'effet déclaratif aux créances (4).

91. Cependant la Chambre civile commença par adopter le premier des deux systèmes successifs de la Chambre des requêtes. Décidant que l'art. 883 est applicable aux créances, elle en conclut que la mainlevée de l'hypothèque consentie par certains héritiers pendant l'indivision n'est pas opposable à celui qui sera plus tard attributaire de la créance hypothécaire (5).

92. Les Cours d'appel, au contraire, se rangèrent à la seconde opinion de la Chambre des requêtes. Tout en reconnaissant que l'art. 883 est applicable aux créances (6), elles décidèrent que, jusqu'au partage, la portion héréditaire de chaque héritier dans une créance peut s'éteindre définitivement par le paiement (7), la prescription (8), la compensation (9), la cession (10), une saisie-arrêt validée (11).

(1) Cass. req., 24 janvier 1837, S. 37, 1, 106.

(2) Cass. req., 9 novembre 1847, S. 48, 1, 289, D. 48, 1, 189; Cass. req., 23 février 1864, S. 64, 1, 398. — Il est possible que ces arrêts aient voulu nier l'effet déclaratif en ce qui concerne les créances, mais cela n'est pas sûr; ils s'appuient simplement sur ce que les dettes se divisent de plein droit.

(3) Cass. req., 23 février 1864, précité.

(4) V. cependant la note 2, *supra*.

(5) Cass. civ., 20 décembre 1848, S. 49, 1, 79, D. 49, 1, 81.

(6) Limoges, 19 juin 1863, S. 63, 2, 193, D. 64, 2, 16.

(7) Limoges, 19 juin 1863, précité.

(8) Limoges, 19 juin 1863, précité.

(9) Limoges, 19 juin 1863, précité. — V. cep. Orléans, 22 juillet 1842, P. 42, 2, 539, Dall., Rép., v° Succ., n° 2109.

(10) Limoges, 19 juin 1863, précité.

(11) Limoges, 19 juin 1863, précité. — V. également, en ce sens, Paris, 3 novembre 1893, *Gaz. du Pal.*, 94, 1, 44.

93. C'est en ce sens enfin que se dessina la jurisprudence de la Chambre civile, qui autorisa le débiteur et, sur la demande des copartageants, l'obligea à payer la portion de ces derniers dans la créance. La Chambre civile reconnaissait, elle aussi, que l'art. 883 s'applique aux créances; mais il ne concerne, dit-elle, que « les seuls objets que l'effet déclaratif a pu atteindre, c'est-à-dire ceux qui se trouvent encore dans la masse au moment où on la partage; il y aurait abus à vouloir étendre l'effet rétroactif à des objets qui, au moment où l'on procédait au partage, n'étaient plus dans la succession, qui en étaient sortis dans l'intervalle de temps écoulé depuis l'ouverture de la succession, soit pour quelques-uns par la force de la loi (1), soit, pour d'autres, par des conventions légalement formées et qui avaient ainsi créé pour des tiers des droits irrévocablement acquis ». En conséquence la compensation conventionnelle conclue entre l'un des copartageants, dans la mesure de sa part héréditaire de créance, avec le débiteur, est définitive (2).

Dans l'espèce de cet arrêt, la part de l'héritier qui avait fait cette convention eût été, si elle avait encore existé, absorbée par les rapports dont il était débiteur vis-à-vis de ses cohéritiers. La Cour de cassation ne s'est même pas préoccupée de cette circonstance et de l'objection qu'on aurait pu tirer de ce que, suivant une jurisprudence constante, les héritiers créanciers du rapport sont privilégiés vis-à-vis des créanciers de l'héritier obligé au rapport. L'objection aurait, d'ailleurs, été sans doute écartée (3) : un privilège n'existe qu'entre deux ou plusieurs créanciers d'une même personne, et, dans l'espèce, le conflit se produisait, non pas entre deux créanciers, mais entre des créanciers (les cohéritiers) et un débiteur. Du reste, l'argument invoqué par la Cour de cassation conserve toute sa force en pareil cas ; la créance, éteinte pour partie, n'existe plus dans cette mesure, et, par conséquent, est soustraite à l'effet déclaratif.

94. Quoi qu'il en soit, l'idée que l'effet déclaratif s'applique aux créances a fait fortune (4). On a même essayé de la pousser plus avant et, appliquant l'ancienne doctrine de la Chambre des requêtes, de décider qu'elle empêche, antérieurement au partage, toute saisie-arrêt, par les créanciers d'un héritier, de la part de ce dernier dans une créance héréditaire (5).

(1) L'arrêt fait ici allusion, sans doute, à la compensation légale.

(2) Cass. civ., 4 décembre 1866, S. 67, 1, 5, D. 66, 1, 470, rejetant le pourvoi contre Limoges, 19 juin 1863, précité. — On a prétendu que l'effet déclaratif a été également reconnu au partage des créances par Cass. civ., 30 mai 1877, S. 78, 1, 102. Mais cet arrêt n'a aucun rapport avec la question. Il dit simplement que les créanciers des copartageants peuvent demander le partage des créances.

(3) V. cep. la note de M. Bourguignat sous l'arrêt, au *Sirey*.

(4) Alger, 24 décembre 1877, S. 78, 2, 214; Chambéry, 27 décembre 1881, *Gaz. du Pal.*, 81-82, 2, 162.

(5) Chambéry, 18 juin 1878, cassé par l'arrêt cité à la note suivante.

Mais la Chambre civile s'en tint à son système antérieur; elle résista, comme autrefois, à l'objection tirée de ce que ce système empêchait l'annihilation des droits de l'héritier par ses rapports, et admit la validité de la saisie-arrêt pratiquée, dans la mesure de sa part héréditaire dans une créance, par ses créanciers (1).

95. La Chambre des requêtes reconnut l'effet déclaratif au partage des créances dans le but d'arriver à décider que l'effet déclaratif s'applique au prix d'une licitation prononcée au profit d'une personne étrangère à l'indivision (2). L'art. 1220 fut écarté comme réglant seulement les relations des héritiers avec les débiteurs de la succession, et non pas avec leurs propres créanciers, vis-à-vis desquels ils sont régis par l'art. 883 seul. En d'autres termes, jusqu'au partage, chaque héritier peut exiger du débiteur sa part héréditaire dans la créance, mais, après le partage, les attributions résultant de ce partage sont réputées avoir existé dès l'origine de l'indivision (3).

96. Tout le terrain conquis fut abandonné en 1887, lorsque la Chambre civile crut nécessaire d'abandonner sa jurisprudence sur le point de savoir si la licitation au profit d'un étranger entraîne l'effet déclaratif (4). Les deux questions, sans doute, ne se commandent pas : la Cour de cassation, pour dénier l'effet déclaratif à cette licitation, c'est-à-dire pour refuser d'assimiler, au point de vue des hypothèques, le prix à l'immeuble lui-même, aurait pu se contenter de dire que le prix, créance née postérieurement à l'ouverture de la succession, n'est pas un *effet de succession*. Elle a préféré se placer sur un autre terrain et dire que « les prix de vente sont divisés conformément au principe écrit dans l'art. 1220 C. civ. », et qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper de leur attribution ultérieure. En d'autres termes la division qui, aux termes de l'art. 1220 C. civ., s'opère pour les créances héréditaires entre les héritiers est définitive, et le partage ultérieur de ces créances n'est pas déclaratif.

97. Les Cours d'appel qui ont persisté à suivre sur cette même question l'ancienne jurisprudence, ont continué à dire que les créances tombent sous l'application de l'art. 883 et que l'art. 1220 C. civ. n'a d'effet que jusqu'au partage (5).

---

(1) Cass. civ., 23 mars 1881, S. 82, 1, 217, D. 81, 1, 417. — V. aussi Cass. civ., 29 mars et 7 avril 1886, D. 86, 1, 329; Lyon, 29 juin 1882, *Gaz. du Pal.*, 82-83, 2, 13.

(2) Cass. req., 22 février 1881, S. 84, 1, 117.

(3) V. en ce sens le rapport du conseiller Babinet, reproduit avec l'arrêt du 22 février 1881.

(4) Cass. civ., 14 décembre 1887, S. 89, 1, 193, D. 88, 1, 385. — V. *supra*, n°s 75 et suiv.

(5) Bordeaux, 14 février 1888, *Rec. de Bordeaux*, 88, 1, 125; Toulouse, 30 juillet 1888, S. 89, 2, 99.

Section II

Soulte de partage et prix de licitation

98. L'effet déclaratif ne s'applique qu'aux biens dépendant de l'indivision ; cela résulte des termes formels de l'art. 883. La soulte de partage, le prix d'une cession de droits successifs ou d'une licitation ne bénéficient donc pas de l'effet déclaratif; car, sortant du patrimoine soit du copartageant débiteur, soit du cessionnaire, soit du colicitant acquéreur ou adjudicataire, ils n'ont jamais fait partie de l'indivision.

C'est ce que les Cours d'appel ont reconnu : elles ont décidé que si un bien indivis est adjugé ou attribué à l'un des colicitants, le colicitant mineur, soumis à la tutelle de ce dernier, ne peut exercer son hypothèque légale sur les immeubles du tuteur pour le recouvrement de la soulte ou du prix de licitation (1) : la créance, ont-elles dit, ne peut préexister à sa cause, et par conséquent l'art. 883 ne s'applique pas à la soulte ou au prix de licitation.

99. Du même principe elles ont conclu que si le créancier de la soulte est une femme mariée sous le régime dotal, elle peut, pour le défaut de payement, demander la révocation de l'aliénation (2).

100. Mais récemment cette doctrine a été mise en échec par un arrêt qui, considérant que la soulte de partage est réputée être due dès l'ouverture de l'indivision, permet de la réclamer sur les biens de la femme mariée ultérieurement à la constitution de l'indivision, mais avant le partage, sous le régime dotal (3) : le créancier de la soulte n'est pas soumis à l'application de la jurisprudence d'après laquelle les biens dotaux sont insaisissables vis-à-vis des créanciers postérieurs à la naissance de l'indivision.

Elle était contredite beaucoup plus fortement encore par la jurisprudence qui appliquait l'effet déclaratif aux licitations tranchées au profit d'un étranger, en se basant sur l'idée que le prix est la représentation de l'immeuble. Mais cette jurisprudence a été renversée depuis plusieurs années. Les arrêts reconnaissent aujourd'hui que la licitation au profit d'un étranger est privée de l'effet déclaratif, et certains d'entre eux se basent sur ce que le prix n'est pas une valeur héréditaire (4). Il semble donc que l'arrêt que nous venons de signaler est inadmissible.

---

(1) Rennes, 31 mars 1841, S. 41, 2, 423.
(2) Caen, 2 mai 1865, S. 65, 2, 261.
(3) Paris, 25 avril 1900, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 8 novembre 1900.
(4) V. *supra*, n°s 75 et suiv.

CHAPITRE IV

Conséquences de l'effet déclaratif

101. Sur deux points, la jurisprudence a varié ou a été incertaine; mais sur l'un et sur l'autre elle est fixée depuis si longtemps que le souvenir des controverses qui se sont élevées est à peu près éteint.

Il s'agit des questions de savoir si l'extinction des hypothèques s'étend au droit de préférence, et si les partages et licitations dotés de l'effet déclaratif sont sujets à résolution et à folle enchère.

Section première

Droit de préférence

102. Au début, la survie du droit de préférence au droit de suite a été reconnue. Un arrêt antérieur de peu d'années au Code civil paraît décider que l'hypothèque inscrite sur un cédant de droits successifs, et éteinte par cette cession, est reportée sur le prix de la cession ; ce sont, dit-il, les seules valeurs réellement assujetties au paiement de ce que le créancier réclame (1).

Après le Code civil, au contraire, une autre Cour d'appel décide que, l'art. 883 n'étant pas fait pour les créanciers des héritiers, ces créanciers sont colloqués, suivant leur ordre d'hypothèque, sur le prix qui représente la chose, c'est-à-dire que les droits de préférence subsistent (2).

L'inconvénient de cette solution était d'autant plus considérable que, suivant la jurisprudence d'alors, la partie du prix revenant à chaque héritier n'était soumise à l'action des créanciers que dans la meure où elle lui était attribuée par le partage ; la clôture de l'ordre était ainsi suspendue jusqu'au partage (3). Les créanciers de chaque héritier étaient exposés à se trouver sans droits par une double circonstance : l'attribution du prix tout entier aux autres héritiers, l'existence de créanciers préférables.

Aussi la disparition du droit de préférence a-t-elle été finalement reconnue (4).

(1) Bordeaux, 25 pluviôse an X, S. chron.

(2) Aix, 23 janvier 1835, S. 35, 2, 267, Dall., Rép., v° Succ., n° 2092.

(3) Aix, 23 janvier 1835, précité.

(4) Paris, 11 janvier 1867, S. 67, 2, 258; Nîmes, 6 novembre 1869, S. 71, 2, 157, D. 71, 2, 37 ; Angers, 8 mars 1876 et Alger, 8 janvier 1877, S. 77, 2, 169, D. 78, 2, 185 ; Caen, 18 mars 1877, S. 78, 2, 141, D. 78, 2, 185 ; Limoges, 26 juin 1885, *La Loi*, 18 septembre 1885 ; Pau, 28 février 1887, S. 87, 2, 125 ; Bordeaux, 2 août 1887, *Rec. de Bordeaux*, 1888, 1re partie, p. 51 ; Cass. req., 16 avril 1888, S. 88, 1, 216 (rejetant le pourvoi contre l'arrêt de Pau) ; Aix, 3 mars 1888, *Gaz. du Pal.*, 88, 1, 412; Bordeaux, 28 avril 1891, *Rec. de Bordeaux*, 1891, 1re partie, p. 388 ; Agen, 28 décembre 1896, D. 98, 2, 81 ; Bordeaux, 29 janvier 1897, sous Cass. civ., 29 janvier 1900, S. 1900, 1, 337. On a imputé la même doctrine à Lyon, 14 février 1853, S. 53, 2, 381, et à Cass. req., 11 janvier 1881, S. 83, 1, 208, qui n'agitent pas cependant la question.

Section II

Résolution et folle enchère

103. La jurisprudence a commencé par dire que les partages et les licitations sont sujets à résolution ou à folle enchère dans le cas même où ils produisent l'effet déclaratif. C'est, prétendait-elle, vis-à-vis des créanciers seuls que l'effet déclaratif a été introduit; les parties, entre elles, ont les qualités de vendeur et d'acheteur (1).

Mais d'autres arrêts résistent à cette opinion : il n'y a pas, disent-ils, de vente, puisque chacun des copartageants est réputé tenir son lot de l'auteur commun (2).

C'est le système auquel s'est rallié la Cour de cassation (3) ; les Cours d'appel s'y rangèrent (4), sauf de rares exceptions (5).

104. La Chambre civile a peut-être même estimé un moment que la clause de folle enchère, si la volonté des parties, expresse ou non, l'applique à la licitation déclarative, est nulle en ce qui concerne cette licitation (6). On a dit en faveur de cette opinion que les tiers ne peuvent être exposés à perdre leurs droits par la résolution, que l'intérêt public ne se concilie pas avec l'incertitude de la propriété immobilière, que la possibilité de la résolution perpétuerait l'indivision.

En tout cas, la Chambre des requêtes ne tarda pas à reconnaître la validité de la clause (7) et alla même jusqu'à décider, en termes absolus et sans se référer à l'appréciation des juges du fond, que la clause insérée d'une manière générale dans le cahier des charges s'applique, même si l'adjudication se dénoue au profit d'un cohéritier (8).

La première de ces deux solutions fit jurisprudence (9). La seconde a été suivie par la majorité des Cours d'appel (10).

105. Mais la Cour de cassation admet aujourd'hui que, si la clause de

(1) Paris, 21 mai 1816, S. chron. (adjudication sur licitation).

(2) Metz, 23 mars 1820, S. chron., Dall., Rép., v° Succ., n° 2094.

(3) Cass. civ., 24 mars 1823, S. chron.; Cass. req., 9 mai 1832, S. 32, 1, 367.

(4) Besançon, 25 juin 1828, S. chron.; Paris, 11 avril 1830, S. chron.; Bordeaux, 15 mars 1833, S. 34, 2, 22; Bordeaux, 22 mars 1834, S. 34, 2, 460; Nancy, 27 juillet 1838, S. 38, 2, 370; Lyon, 1er mars 1865, S. 65, 2, 166; Pau, 9 décembre 1889, S. 91, 2, 49 (sol. implic.).

(5) Rouen, 18 juin 1841, S. 41, 2, 471.

(6) Cass civ., 17 déc. 1833, S. 34, 1, 345. — V. sur cet arrêt, *supra*, n° 9. — V. dans tous les cas en ce sens, Trib. civ. Seine, 24 avril 1834, sous Cass. req., 27 mai 1835, S. 35, 1, 341, Dall., Rép., v° Succ., n° 2126; Rouen, 18 juin 1841, S. 41, 2, 471.

(7) Cass. req., 9 mai 1834, S. 34, 1, 523; Cass. req., 27 mai 1835, précité; Cass. civ., 6 janv. 1846, S. 46, 1, 120, D. 46, 1, 16; Cass. req., 5 août 1902, S. 1903, 1, 21.

(8) Cass. req., 9 mai 1834, précité.

(9) Limoges, 14 août 1839, S. 40, 2, 123; Cass. req., 2 janv. 1884, S. 86, 1, 373. — *Contra*, Lyon, 1er mars 1865, S. 65, 2, 166.

(10) Limoges, 14 août 1839, précité.

folle enchère est insérée dans le cahier des charges d'une adjudication sur licitation, sans qu'il soit indiqué si cette clause doit produire son effet dans le cas même où la licitation se dénouera au profit d'un étranger, il appartient aux tribunaux de décider si, en fait, les parties ont eu ou non l'intention d'appliquer la clause dans ce dernier cas (1).

Les Cours d'appel sont en divergence sur le point de savoir si la clause s'applique à l'adjudication prononcée au profit de l'un des colicitants. Cette divergence était fatale, dès lors qu'il s'agissait d'une question d'interprétation de volonté. Elle n'engage aucun principe ; il suffit donc de la mentionner.

(1) V. les arrêts précités.

ALBERT WAHL.

L. BALLEYDIER & H. CAPITANT
Professeurs à la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble

L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la Jurisprudence

L'ASSURANCE SUR LA VIE AU PROFIT D'UN TIERS

ET LA JURISPRUDENCE

N. B. — Les décisions des tribunaux étant fort nombreuses sur cette matière, les auteurs, pour ne pas surcharger cet article de références, se sont contentés, dans la plupart des cas, de renvoyer aux notes du *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, de M. Dupuich (Paris 1900), notes dans lesquelles la Jurisprudence est rapportée et analysée avec le plus grand soin.

PLAN

INTRODUCTION

Le contrat d'assurance sur la vie est d'origine toute récente. Il n'est véritablement entré dans les mœurs que dans la seconde moitié du XIXe siècle (1). Ni le Code civil, ni le Code de commerce n'avaient donc eu

(1) V. Chaufton, *Les assurances*, t. I, n°s 204 à 209 ; Lefort, *Traité des assurances sur la vie*, t. I, p. 50 à 72 ; Dupuich, *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, n°s 1 à 4 ; Bosredon, *Histoire des assurances sur la vie*, thèse pour le doctorat, Bordeaux, 1900, p. 74 à 80, 83 à 106.

à s'en occuper. Bien plus, à l'époque de leur rédaction, l'assurance sur la vie est considérée comme un acte illicite, comme une spéculation immorale qui doit être prohibée.

Cette idée vient de l'ordonnance sur la marine dont l'article 10, tit. 6, l. 3, s'exprimait ainsi : « Défendons de faire aucune assurance sur la vie des hommes ». Nos anciens auteurs justifiaient cette prohibition en affirmant que la vie des hommes ne peut être l'objet d'aucune spéculation (1).

Les mêmes conceptions sont reproduites lors de la discussion de nos Codes. Dans l'exposé des motifs du Titre de la Vente, au Code civil, Portalis déclare que le contrat d'assurance sur la vie est illicite : « Il est des « contrées, dit-il, où l'on autorise des assurances sur la vie des hommes. « Mais, en France, de pareilles conventions ont toujours été prohibées. « Nous en avons la preuve dans l'ordonnance de la marine de 1681, qui n'a « fait que renouveler les défenses antérieures. L'homme est hors de prix ; « sa vie ne saurait être un objet de commerce ; sa mort ne peut pas deve- « nir l'objet d'une spéculation mercantile. Ces espèces de pactes sur la vie « ou la mort d'un homme sont odieux, et ils peuvent n'être pas sans « danger. La cupidité qui spécule sur les jours d'un citoyen est souvent « bien voisine du crime, qui peut les abréger... On a proscrit avec raison « les assurances sur la vie des hommes, parce qu'un pareil acte est vicieux « en soi » (2).

Dans l'Exposé des motifs du titre des assurances maritimes du Code de commerce, le comte Corvetto disait de même : « La rédaction de l'article 334 a paru répondre à l'esprit de l'ordonnance de 1681 qui permettait d'assurer la liberté des hommes et qui défendait les assurances sur la vie. La liberté est estimable à prix d'argent, la vie ne l'est pas » (3).

On retrouve la même opinion dans le Répertoire de Merlin, (v° *Police et Contrat d'assurance*, § 1, n° 7) : « Une telle convention, y est-il dit, est contraire aux mœurs et pourrait donner lieu à quantité de tromperies ».

Pourtant, les préjugés n'étaient pas aussi enracinés qu'on pourrait le croire, puisque, en 1787, un arrêt du Conseil (3 novembre 1787) concédait à la Compagnie Royale d'assurances générales l'exercice du privilège de passer dans le royaume des assurances sur la vie (4).

Aussi, lorsque sous les premières années de la Restauration, une

(1) VALIN, *Comment. sur l'ordonnance de la marine*, article cité au texte; ÉMÉRIGON, *Traité des assurances et contrats à la grosse*, ch. 8, sect. I; POTHIER, *Traité du contrat d'assurances*, n° 27.

(2) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 119.

(3) LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. IV, p. 75.

(4) Voir aussi un arrêt du Conseil du 27 juillet 1788 confirmant ce privilège, ISAMBERT, *Collection des anciennes lois françaises*, t. XXVIII, p. 463 et 604.

société anonyme demanda, conformément à l'article 37 Com., l'autorisation de se former pour pratiquer l'assurance vie, le Conseil d'Etat, consulté par le gouvernement, donna un avis favorable. Ce genre de contrat, dit-il, peut être assimilé aux contrats aléatoires que permet le Code civil, il mérite d'être encouragé parce que c'est un acte de prévoyance (1).

Du reste, à partir de cette époque, la plupart des auteurs reconnaissent la validité de ce contrat (2). Les tribunaux n'ont jamais hésité non plus à proclamer la légalité de ces opérations. De nombreux arrêts ont déclaré que l'assurance contractée au profit d'un tiers bénéficiaire n'a rien d'illicite, que l'intérêt que ce tiers se trouve avoir à la mort de l'assuré se rencontre dans d'autres contrats, comme la constitution d'usufruit, la rente viagère, dont la validité ne saurait être contestée (3).

La question de la moralité de ce contrat a été soulevée dans un procès criminel célèbre, devant la Chambre criminelle de la Cour de Cassation par le procureur général, M. Dupin (4); mais le crime commis par un individu ne saurait suffire à faire condamner et proscrire une opération qui, prise en elle-même, est incontestablement un acte de prévoyance digne d'être encouragé (5).

En réalité, il n'y a qu'un genre de combinaison qui ait soulevé quelques difficultés. C'est celle dans laquelle l'assuré stipule qu'il touchera le capital convenu au décès d'un tiers désigné. Il est incontestable que ce contrat est valable lorsque l'assuré a un intérêt personnel à l'existence de ce tiers et lorsqu'il fait l'assurance pour réparer le préjudice que sa mort lui causera. En fait, cet intérêt se rencontrera presque toujours; « on n'agit pas sans un but » (6). Mais il se peut que l'assuré ait, dans le contrat d'assurance, dépassé les limites de son intérêt; il se peut aussi que cet intérêt disparaisse par un événement postérieur au contrat. Par exemple, c'est un créancier qui stipule le paiement d'un capital au décès de son débiteur, et il stipule une somme plus considérable que celle qui lui est due par celui-ci ; ou bien encore, postérieurement à la conclusion du contrat, le débiteur a désintéressé le créancier. Ou enfin, l'intérêt qui a déterminé le stipulant n'apparaît pas aux yeux des tiers, il n'est connu que de lui.

---

(1) Avis du Conseil d'Etat du 28 mai 1818.

(2) V. les citations dans LEFORT, t. I, p. 52, n. 3.

(3) « Attendu, en droit, que les contrats d'assurances sur la vie, inspirés par un juste sentiment de prévoyance, ont une cause très licite », Cass., 15 décembre 1873, D. P. 74, 1, 113; S. 74, 1, 199; V. aussi Angers, 28 décembre 1881, D. P. 83, 2, 105, et les arrêts cités par DUPUICH, p. 4, n. 2

(4) Aff. La Pommerais, Cass., 4 juin 1864, D. P. 64, 1, 497.

(5) V. sous Paris, 5 avril 1867, S. 67, 2, 249; D. P. 67, 2, 221, les conclusions de M. l'avocat général DESCOUTURES répondant aux critiques de DUPIN.

(6) LABBÉ, note S. 80, 1, 444, 1re col.

En pareil cas, l'assurance est-elle encore valable ? (1).

On a soutenu que non, parce que le contrat devient alors un acte de pure spéculation sur la mort d'un tiers, et cette spéculation est immorale, car elle implique un *votum mortis*, ou le désir de la mort rapide du tiers. L'assurance sur la tête d'un tiers n'est donc permise que si le stipulant prouve qu'il avait un intérêt à l'existence de ce tiers.

En pratique, les tribunaux n'ont eu que rarement à se prononcer sur cette question. Cela tient à ce que, en vertu de l'avis du Conseil d'Etat du 28 mai 1818, précité, et d'une ordonnance royale du 12 juillet 1820, qui déclaraient « qu'il ne doit pas être permis d'assurer sur la vie d'autrui sans son consentement », le gouvernement oblige les Compagnies d'assurances qui demandent l'autorisation, à insérer dans leurs polices une clause stipulant que l'assurance sur la vie d'un tiers ne pourra pas être contractée sans le consentement de celui-ci. Le consentement du tiers, en pratique, suffit à établir le lien d'intérêt qui l'unit au stipulant, et en présence de cet assentiment, les Compagnies ne mettent pas en doute la validité de l'opération, et n'osent, après avoir reçu les primes, venir discuter la réalité du préjudice subi par le stipulant.

Il y a pourtant quelques décisions. La Cour de Limoges, par un arrêt du 1er décembre 1836 (2), a déclaré que le contrat était valable sans rechercher l'intérêt qui a déterminé le stipulant, parce que l'opération n'est pas une pure spéculation ; c'est un contrat dans lequel assureur et stipulant ont chacun un intérêt distinct, et l'intérêt du stipulant n'a rien d'illicite, ni d'immoral, pas plus que dans la rente viagère, l'usufruit, les dispositions testamentaires. La Cour de Paris, dans l'arrêt du 13 décembre 1851 (3), a employé un détour. Elle reconnaît que les principes de l'assurance exigent que le stipulant ait un intérêt à la prolongation de la vie du tiers ; mais si cet intérêt n'apparaît pas, le contrat est toujours valable, parce que c'est un contrat *do ut des* aléatoire, lequel n'est pas plus illicite que la rente viagère constituée sur la tête d'un tiers étranger aux contractants. Enfin, sur pourvoi, la Cour de cassation a tranché plus simplement la question. Il est de l'essence de ce contrat, dit-elle, que les tiers aient un intérêt à la vie de la personne assurée, mais cet intérêt résulte : 1° de l'estimation que les parties font volontairement de l'objet assuré ; 2° du consentement du tiers assuré, lequel constate les rapports d'intérêt entre le tiers assuré et le survivant qui a fait l'assurance ; et elle conclut qu'une fois le contrat formé, l'intérêt du stipulant ne peut plus être remis en question (4).

---

(1) V. sur la question, LEFORT, t. I, p. 197 et suiv.
(2) S. 37, 2, 182; D. P. 37, 2, 70.
(3) S. 54, 1, 114, sous Cass.; D. P. 54, 1, 369, *id.*
(4) Cpr. Req., 19 janvier 1880, D. P. 80, 1, 468; S. 81, 1, 441, et la note de M. LABBÉ.

On ne peut méconnaître cependant que cette variété d'assurances ne donne lieu à quelques abus. Ainsi, dans les départements du Nord, certaines Compagnies étrangères se sont fait une honteuse spécialité de l'assurance en cas de décès sur la tête de jeunes enfants, et même d'enfants simplement conçus, conclue de telle sorte que le décès de l'enfant ou l'avortement de la mère deviennent, pour des parents dénaturés, une source de profit. Bien plus, ces assurances peuvent être contractées, même à l'insu des parents, par les personnes qui ont la garde de l'enfant. On devine à quelles criminelles spéculations peuvent donner lieu des contrats de ce genre. La Chambre des députés a adopté, le 7 juillet 1904 une proposition de loi de MM. Bonnevay et Thierry (1) ayant pour objet de déclarer contraire à l'ordre public et interdite en France, « toute assurance au décès reposant sur la tête d'enfants de moins de douze ans ». Nous ne doutons pas, du reste, que, dès à présent, si les tribunaux étaient saisis de la question, ils ne déclarassent illicites les contrats conclus dans ces conditions, le représentant légal de l'enfant y eût-il donné son consentement. Mais les assureurs n'ont garde de soulever, pour le paiement de sommes, d'ailleurs ordinairement modiques, des difficultés qui ôteraient toute confiance à leur triste clientèle.

Le contrat d'assurance sur la vie n'a commencé à se répandre en France

---

Un jugement du Trib. comm. de Genève du 5 mai 1886, S. 86, 4, 32, a décidé que le contrat d'assurances pouvait être fait sur la tête d'un tiers, en l'absence de tout intérêt moral ou pécuniaire, de la part de l'assuré, à l'existence de la personne sur la tête de laquelle repose l'assurance. Voir les décisions suivantes qui reconnaissent expressément l'intérêt qu'avait le stipulant à la conservation de la vie du tiers assuré : Rennes, 26 juillet 1884, S. 86, 2, 201; Trib. civ. Seine, 9 décembre 1880, *J. Ass.*, 1881, 59.

Le projet de loi adopté par la Commission nommée par le Ministre du commerce par arrêté du 2 mai 1902 décide, dans son article 48, que « l'assurance en cas de décès, contractée par un tiers sur la tête de l'assuré, est nulle si ce dernier n'y a pas donné son consentement par écrit avec indication de la somme assurée. Il en est de même si, lors du décès de l'assuré, l'assureur établit qu'au moment du contrat, le souscripteur de la police n'avait aucun intérêt à la vie de l'assuré... — L'assuré peut, à toute époque, exiger la résiliation de l'assurance souscrite sur sa tête par un tiers, s'il prouve que l'intérêt à raison duquel l'assurance a été souscrite ou transférée, n'existe plus... »

Voir le *rapport adressé à M. le Ministre du commerce, au nom de la Commission chargée d'étudier les dispositions législatives auxquelles pourraient être soumis les contrats d'assurance*, par M. Ch. Lyon-Caen, p. 37 et 38.

(1) Doc. parl. Ch., Sess. ord. 1903, annexe n° 801, p. 270. — Il faut lire dans l'exposé des motifs de cette proposition les cyniques prospectus par lesquels ces Compagnies s'efforcent de propager leur coupable industrie.

L'article 49 du projet de loi cité à la note précédente décide qu'il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de quinze ans, d'un interdit, d'une personne placée dans une maison d'aliénés. Voir le rapport de M. Lyon-Caen, p. 38 et 39.

qu'à dater de 1870 ; mais, à partir de cette époque, il est entré bien vite dans les mœurs et a pris une extension très rapide, bien que les conditions dans lesquelles il se pratique en aient jusqu'à présent à peu près limité l'usage à la classe bourgeoise, qui, presque seule, constitue la clientèle des Compagnies françaises.

Mais, en même temps que l'usage de cet acte de prévoyance se répandait parmi les classes aisées, les conflits d'intérêts que faisait surgir la pratique de cette opération devenaient plus fréquents.

Or, le contrat d'assurance sur la vie, inconnu à l'époque de la confection du Code civil et demeuré en dehors des préoccupations de ses rédacteurs, n'a pas encore été l'objet d'une réglementation législative. C'est la jurisprudence seule qui a, peu à peu, par une série de décisions répétées et grâce à l'influence régulatrice de la Cour de Cassation, dont les arrêts « ont, dans le silence de la loi, pris une importance exceptionnelle » (1), déterminé les effets juridiques de ce contrat. La doctrine, de son côté, aidée par les avis des spécialistes de l'assurance, a collaboré à l'œuvre de la jurisprudence, en analysant le contrat, en le démontant pièce à pièce, et surtout en précisant les besoins auxquels il répond et en s'efforçant d'adapter à ces besoins les effets juridiques qu'il doit produire.

De toutes les difficultés qu'a soulevées le fonctionnement de l'assurance sur la vie, la principale est celle qui vise l'attribution du capital que l'assureur s'engage à payer lors de l'événement prévu.

Ce capital tombe-t-il dans le patrimoine de l'assuré, peut-il être saisi par ses créanciers ?

Dans les premiers temps où l'assurance commença à être pratiquée, les polices stipulaient que l'indemnité promise par la Compagnie serait payée soit à l'assuré lui-même, soit à sa succession.

Mais ce mode de rédaction entraînait un grave inconvénient. Le bénéfice de l'assurance devenait, en vertu des termes mêmes de l'art. 2092 Civ., le gage des créanciers du souscripteur, et souvent ce résultat ne correspond pas au but que se propose la personne qui fait un contrat de ce genre. Celui qui signe une assurance en cas de décès, est animé par un sentiment de prévoyance ; il craint de mourir sans fortune et de laisser sa famille dans le besoin. Il veut donc assurer l'avenir des siens et ce but est manqué, le sacrifice qu'il s'est imposé reste sans effet, si l'indemnité stipulée, au lieu d'être réservée à ceux qu'il a désignés, forme le gage de ses créanciers.

Aussi l'usage se répandit-il de faire le contrat au profit de la femme de l'assuré, ou de ses enfants nommément désignés, ou de ses proches

(1) Note de M. Crépon, S. 88, 1, 121.

parents (1), et les polices d'assurances contiennent presque toujours, aujourd'hui, la désignation d'un tiers bénéficiaire.

La combinaison qui est, actuellement, la plus usitée est celle de l'*assurance mixte*, par laquelle l'assureur s'engage à payer un capital, soit à l'assuré lui-même, à une date déterminée, s'il est encore vivant à l'échéance du terme, soit à des tiers, aussitôt après son décès, s'il meurt avant l'époque fixée (2). Le contrat contient alors deux assurances conditionnelles juxtaposées : une assurance en cas de vie et une assurance en cas de décès, dont une seule doit, selon l'événement, produire ses effets. Si l'assuré atteint le terme fixé, l'assurance en cas de décès est résolue, et tout se passe comme s'il n'y avait eu qu'une assurance en cas de vie. Si, au contraire, le décès de l'assuré survient avant le terme convenu, c'est l'assurance en cas de décès qui fonctionne au profit des tiers bénéficiaires, et, à cause de l'effet rétroactif de la condition, ceux-ci sont considérés comme ayant eu un droit acquis au bénéfice de l'assurance, dès le jour de leur désignation (3).

Qu'il s'agisse d'assurance en cas de décès ou d'assurance mixte, le souscripteur, en désignant un tiers bénéficiaire, n'entend pas se lier définitivement. Il se réserve le droit de révoquer, s'il le juge utile, l'attribution qu'il a faite en faveur de ce tiers, pour en transporter le bénéfice à une autre personne. Il faut également qu'il puisse, si cela devient nécessaire, tirer lui-même profit du contrat, s'en servir comme moyen de crédit, en le cédant ou en le donnant en gage à un créancier, ou en le rachetant à la Compagnie, s'il ne peut plus continuer le paiement des primes. Le contrat est donc conçu de telle sorte qu'il se prête à toutes les modifications que les circonstances pourront rendre nécessaires.

Or, ce genre d'assurance met en opposition le tiers bénéficiaire, qui réclame le paiement du capital pour son compte propre, et les créanciers de l'assuré insolvable, qui soutiennent que ce capital fait partie du patrimoine de leur débiteur, ou les héritiers de l'assuré, qui prétendent que le bénéficiaire doit être traité comme un donataire et soumis à l'obligation de rapporter la libéralité à la succession ou de subir la réduction.

Tel est le conflit d'intérêts, qui, sous des formes diverses, avec des particularités variant suivant les circonstances dans lesquelles le contrat a été passé, a été soumis maintes fois à l'appréciation des tribunaux.

Pour résoudre ces difficultés, la jurisprudence, débarrassée de l'entrave des textes écrits, aurait pu peut-être s'inspirer uniquement de la notion

(1) Cpr. Thaller, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 101.

(2) Voir sur une autre variété d'assurance mixte, l'*assurance à terme fixe*, connue aussi sous le nom d'*assurance dotale*, Lefort, t. I, p. 129 et s., Dupuich, p. 22 et s.

(3) V. Dupuich, n° 11 et les arrêts cités. — Aj. Civ. Seine, 14 décembre 1899, D. P. 1900, 2, 198.

de but, et s'efforcer de donner des solutions conformes aux besoins économiques qui ont amené l'emploi si fréquent de ce mode de prévoyance, tout en respectant, dans la mesure où ils sont protégés par les textes précis de nos lois, les intérêts des créanciers et des héritiers contre les actes de disposition du débiteur ou du *de cujus*.

Mais, pour découvrir ces besoins et les dégager d'une façon bien nette, il a fallu que le contrat d'assurance fût pratiqué pendant un certain temps. Au début, assureur et assuré n'envisageaient pas clairement les conséquences qu'allait produire l'opération, ils ne voyaient que le résultat direct, en vue duquel elle était conclue : le paiement de l'indemnité, au bénéficiaire, au jour où l'événement prévu se réalisait. Ce n'est que peu à peu, lorsque les intéressés ont été en présence des difficultés soulevées par le fonctionnement pratique du contrat, lorsque, en outre, on s'est bien rendu compte de son utilité, des avantages multiples qu'il présentait, de tout le profit qui pouvait en être retiré, que grâce au perfectionnement de la rédaction des polices, aux clauses nouvelles qui y furent insérées, le but même de l'opération a été clairement aperçu et que la jurisprudence a pu, dans une certaine mesure, assurer, par les solutions qu'elle a données, la réalisation de ce but.

C'est une illusion, en effet, de s'imaginer qu'il suffit de rechercher l'intention qui anime le souscripteur de la police, et de s'inspirer de sa volonté, pour en faire découler tous les effets juridiques que devra produire le contrat. Si la tâche eût été aussi simple, la jurisprudence et la doctrine n'auraient pas traversé une aussi longue phase de tâtonnements et d'hésitations. On peut ajouter, sans craindre de se tromper, que si le législateur était intervenu, vers l'époque où le contrat commençait à se répandre, pour en réglementer les effets par un texte précis, il aurait certainement édicté des dispositions qui, par certains côtés, auraient paralysé ou, tout au moins, gêné l'épanouissement de cette institution.

Néanmoins, si les tribunaux ne se sont pas exclusivement inspirés de cette notion de but, sans cesse avertis des besoins de la pratique, ils ont réussi peu à peu à tirer des principes généraux de notre droit et d'une interprétation large des textes du Code civil, un corps de doctrine qui leur donnât satisfaction. C'est ce dont nous allons nous rendre compte en analysant le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers et les principaux rapports juridiques qu'il engendre (1).

Pourtant, nous constaterons aussi que la jurisprudence n'a pas toujours fait preuve de la même hardiesse ; parfois elle s'est laissée arrêter par un

(1) N'ayant pas la prétention d'élaborer en quelques pages un traité complet des assurances sur la vie, nous nous sommes attachés exclusivement à l'hypothèse qui est, à la fois, la plus pratique et la plus féconde en difficultés. Nous nous sommes efforcés de dégager le principe qui la domine et d'en tirer ensuite les applications les plus topiques.

texte du Code, et bien qu'aucune considération d'ordre public ne s'opposât à l'exécution de la volonté du stipulant, elle a sacrifié cette volonté à la lettre de la loi. C'est ainsi que, quand l'assurance est contractée au profit des enfants nés ou à naître, les Cours d'appel ont cru que l'art. 906 Civ. s'opposait à la validité de cette clause, et elles ont décidé qu'au lieu d'appartenir en propre aux enfants de l'assuré, conformément au vœu de ce dernier, le capital tombait purement et simplement dans sa succession (1).

I. Analyse juridique du contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers.

L'histoire de la formation de la jurisprudence en matière d'assurance sur la vie au profit d'un tiers peut se diviser en trois périodes, entre lesquelles se répartissent les principaux arrêts de la Cour de Cassation.

Première période. — La première va jusqu'en 1884. C'est la période de tâtonnements. L'arrêt du 15 décembre 1873 implique une distinction fondamentale qu'on retrouve dans tous les arrêts postérieurs. Lorsque la stipulation intervient au profit des tiers non spécialement désignés, par exemple au profit des héritiers, elle ne confère aucun droit propre à ces tiers ; le droit au capital assuré reste dans le patrimoine du stipulant, il fait partie de sa succession, et est soumis à l'action de ses créanciers. Les divers arrêts rendus par la Cour de cassation de 1873 à 1880 (2) statuent tous sur des espèces dans lesquelles les tiers bénéficiaires n'étaient pas spécialement désignés.

De la distinction établie par ces arrêts, il semblait résulter que, dans le cas où le bénéfice de l'assurance était attribué à une personne déterminée, le droit au capital naissait directement au profit du tiers bénéficiaire, et ne reposait à aucun moment sur la tête du souscripteur de la police. Pourtant, la Cour de Cassation n'avait pas encore expressément affirmé cette solution. Bien au contraire, dans un arrêt du 2 mars 1881 (3), intervenu à propos d'une assurance contractée par un mari commerçant, tombé plus tard en faillite, au profit de sa femme, elle déclarait que le mari avait d'abord acquis pour lui-même, puis transmis à sa femme, à titre de donation, le droit au capital, et elle décidait que la femme ne pouvait, en conséquence, se prévaloir de cette libéralité contre la faillite.

Deuxième période. — L'arrêt du 2 juillet 1884 (4) marque le début de la deuxième période.

---

(1) Voir *infra*, p. 577 à 580.
(2) 15 décembre 1873, D. P. 74, 1, 113; S. 74, 1, 199; 7 février 1877, D. P. 77, 1, 337; S. 77, 1, 393; 27 janvier 1879, D. P. 79, 1, 230; S. 79, 1, 218; 10 février 1880, D. P. 80, 1, 169; S. 80, 1, 152.
(3) D. P. 81, 1, 401; S. 81, 1, 145.
(4) D. P. 85, 1, 150; S. 85, 1, 5.



Il déclare très nettement que le tiers bénéficiaire désigné dans le contrat acquiert un droit direct contre l'assureur; ce droit ne repose que sur sa tête et ne constitue pas une valeur de la succession de l'assuré ; les créanciers héréditaires ne peuvent pas s'opposer au paiement du capital entre les mains du tiers dénommé.

Cet arrêt, approuvé par la grande majorité des jurisconsultes, entraîna toute une série de décisions conformes des tribunaux et des Cours d'appel, qui firent du principe nouveau plusieurs applications intéressantes (1).

En 1888, la Cour de Cassation est appelée à confirmer sa nouvelle doctrine, et la Chambre civile rend, dans le cours de cette année, six arrêts (2), qui, de nouveau, affirment que le droit au capital assuré appartient au tiers bénéficiaire et n'a jamais reposé sur la tête de l'assuré.

Troisième période. — Ces six arrêts ont définitivement fixé la jurisprudence. Ils ne tardent pas à emporter les dernières résistances des Cours d'appel et des tribunaux.

Parmi les arrêts de la Cour de Cassation, rendus dans le cours des années suivantes, il faut noter l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juin 1891 (3), lequel décide que les clauses ordinairement insérées dans les contrats, donnant à l'assuré la faculté de céder la police par voie d'endossement, de la racheter, ou d'emprunter sur la police à la Compagnie elle-même, ne modifient en rien la nature du droit personnel et direct qui appartient au tiers contre l'assureur, du moment que l'assuré n'a pas usé des facultés qu'il s'est réservées.

Mais il restait une contradiction dans la théorie de la Cour de Cassation. L'arrêt du 8 février 1888, après avoir affirmé que les tiers bénéficiaires avaient un droit direct et personnel au montant de l'assurance, lequel ne forme pas une valeur active de la succession de l'assuré, ajoutait que la stipulation constituait une véritable libéralité faite par le stipulant aux bénéficiaires, et qu'en conséquence, il fallait appliquer les règles concernant le rapport et la réduction.

La contradiction était évidente et un grand nombre de juridictions avaient déclaré, contrairement à l'arrêt de la chambre civile, que le capital n'était soumis ni au rapport ni à la réduction.

La Cour de Cassation a elle-même reconnu son erreur, et, appelée de nouveau à statuer sur cette difficulté en 1896, la Chambre civile a décidé que le capital stipulé, n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipu-

(1) Voir ces décisions rapportées par LEFORT, t. I, p. 66, notes 3, 4, 5 et p. 67, notes 1 et 2.

(2) Cass., 16 janvier 1888, D. P. 88, 1, 77; 6 février 1888, 8 février 1888, 22 février 1888, 27 mars 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121; 7 août 1888, D. P. 89 1, 118; S. 89, 1, 97.

(3) D. P. 92, 1, 205; S. 92, 1, 177.



lant, ne constituant pas une valeur successorale, ne saurait, par suite, entrer en compte pour la réserve (1).

A partir de cet arrêt, la jurisprudence de la Cour suprême ne varie plus. Le système qu'elle a adopté a des contours précis; les décisions judiciaires se font plus rares.

Reste à savoir comment un contrat intervenu entre deux personnes peut engendrer un droit au profit d'un tiers qui n'y a pas été partie.

Pour résoudre cette question, les auteurs, se conformant aux procédés de la méthode traditionnelle d'interprétation, ont cherché à rattacher cette opération à l'une des catégories juridiques antérieurement pratiquées et admises par le Code civil. En d'autres termes, ils se sont efforcés, en analysant le contrat, d'y retrouver le mécanisme d'une institution consacrée par nos lois. Ce mode d'interprétation a un inconvénient visible : il préjuge les conséquences que doit produire l'opération. En la faisant, en effet, rentrer dans le cadre d'un acte juridique déterminé, on la soumet d'avance, par là même, à la réglementation de cet acte, sans savoir si cette réglementation s'adaptera exactement aux conditions économiques qui ont donné naissance au nouveau contrat.

Il faut, du reste, reconnaître que la jurisprudence a beaucoup moins sacrifié que la doctrine aux exigences de cette méthode d'interprétation et qu'elle s'est montrée moins soucieuse de respecter les règles de la logique juridique.

Les jurisconsultes ont proposé diverses explications du fonctionnement légal de l'assurance au profit d'un tiers. Les principales sont les suivantes :

1° *Théorie de l'offre.* — Le souscripteur de la police acquiert un droit contre la Compagnie d'assurances; puis il offre au tiers bénéficiaire de lui céder ce droit. Le jour où ce dernier accepte cette proposition, l'accord de volontés, qui se forme à ce moment, transfère au tiers le droit acquis par l'assuré contre la Compagnie.

2e *théorie.* — M. Thaller proposa une variante qui supprimait quelques-uns des inconvénients (2) de cette première explication, mais qui avait le tort d'être plus compliquée (3).

La Compagnie d'assurances, qui traite avec le souscripteur de la police, s'engage vis-à-vis de celui-ci à offrir le capital au tiers désigné, au moment du décès du souscripteur. L'acceptation par le tiers de cette offre, fait naître à son profit un droit de créance contre la Compagnie. Ce droit de créance prend donc naissance au jour du décès de l'assuré, mais il se fixe

---

(1) Civ. Cass., 29 juin 1896, D. P. 97, 1, 73; S. 96, 1, 361.
(2) Signalés *infra*, p. 532.
(3) Note au *Dalloz*, 1888, 2, 1 à 4.



directement sur la tête du tiers. Le bénéficiaire acquiert ce droit, non pas par un nouveau contrat passé avec le souscripteur de la police, mais par l'accord de volontés qui intervient entre la Compagnie et lui-même.

3° *Théorie de la gestion d'affaires.* — Elle a été développée par M. Labbé dans plusieurs notes du Sirey (1).

Celui qui contracte une assurance au profit d'un tiers est un gérant d'affaires. Il agit pour le compte de ce tiers, et lorsque ce dernier accepte l'opération qui a été faite à son profit, il ratifie l'acte et se trouve substitué à l'assuré, comme si, dès le début, celui-ci avait été son mandataire (2).

4° *Théorie de M. Boistel* (3). — La Compagnie d'assurances contracte une obligation facultative. Elle s'engage d'abord vis-à-vis du souscripteur de la police, mais elle laisse à celui-ci la faculté de désigner un tiers à sa place.

5° *Théorie de la création directe de l'action par la stipulation pour autrui* (4). — C'est la théorie la plus simple ; elle consiste à dire que le tiers bénéficiaire acquiert, au jour même où la police d'assurance est signée, un droit de créance contre la Compagnie. Cela se peut-il en présence de la règle d'après laquelle les conventions ne produisent aucun effet à l'égard des tiers? Oui, car précisément l'art. 1165, qui consacre cette règle, y admet une dérogation pour le cas prévu par l'art. 1121, c'est-à-dire pour le cas de stipulation pour autrui. Le souscripteur de la police, en stipulant que le capital sera versé à son décès entre les mains du tiers qu'il désigne, fait au profit de ce dernier une stipulation qui, conformément à l'art. 1165, le rend directement créancier de l'assureur (5).

De ces diverses constructions juridiques destinées à expliquer le

---

(1) Il nous paraît intéressant de donner ici la liste complète des nombreuses notes que cet éminent jurisconsulte a consacrées à l'assurance sur la vie. On les trouvera dans le *Recueil de Sirey* aux places suivantes : 1877, 1, 393 ; 1879, 2, 249 ; 1880, 1, 337 et 441 et 2, 225 ; 1881, 1, 145 et 337 ; 1883, 1, 57 et 2, 25 ; 1885, 1, 5 ; 1886, 2, 201 et 4, 32 ; 1888, 1, 353 et 2, 49, 97, 121 et 177 ; 1889, 1, 97, 289 et 353 et 2, 97, 121 ; 1890, 1, 5 et 2, 185 ; 1892, 1, 177 ; 1893, 2, 137 ; 1894, 1, 65 et 161.

(2) Quelques décisions de jurisprudence ont adopté cette explication. — Voir DUPUICH, *op. cit.*, n° 13, p. 25, note 3.

(3) Notes au *Dalloz*, 89, 2, 129 et 153.

(4) LAMBERT, *Stipulation pour autrui*, n°s 68 et suiv. ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des obligations*, t. I, n° 154 ; LEFORT, t. II, p. 225, n. 1 ; DUPUICH, p. 36 et suiv.

(5) D'après M. PLANIOL, il ne suffit pas de dire que le contrat crée un droit direct au profit du tiers, par une exception au principe d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, et ne nuisent ni ne profitent aux tiers. « C'est *constater* un résultat, alors qu'il s'agit de l'*expliquer* ». Or, la seule *explication juridique* est la suivante : Le droit du tiers bénéficiaire a son origine dans la manifestation unilatérale de volonté du promettant qui a consenti à s'engager vis-à-vis d'un tiers. Cet engagement n'est pas *contractuel*, puisqu'il n'y a pas eu accord de volontés entre le promettant et le bénéficiaire, il est donc unilatéral ; il se forme à l'occasion du contrat



mécanisme de l'assurance au profit d'un tiers, celle qui s'adapte le mieux à l'opération et en déforme le moins la physionomie est incontestablement la dernière ; mais la doctrine a résisté longtemps avant de l'adopter. Habituée par les divisions mêmes du Code civil à distinguer deux grandes catégories d'obligations, celles qui naissent d'un contrat et celles qui naissent d'une autre source, et à voir à la base des premières l'accord des deux volontés du créancier et du débiteur, elle se refusait à admettre qu'une stipulation pour autrui pût engendrer une créance au profit du tiers bénéficiaire, sans le consentement de ce dernier. Et elle se trouvait ainsi rejetée vers ce que nous avons appelé le système de l'offre.

La jurisprudence, elle, s'est peu embarrassée de ces scrupules théoriques, et elle a donné une moins grande attention que la doctrine aux diverses analyses juridiques de l'assurance sur la vie.

Pour elle, l'assurance au profit d'un tiers rentre dans la classe des stipulations pour autrui ; et elle se contente presque de cette vague explication. La Cour de Cassation, en particulier, se préoccupe peu d'analyser juridiquement la stipulation pour autrui, et si l'on a rattaché ses décisions successives à telle ou telle théorie, c'est par un effort de construction et en ajoutant au texte même des arrêts. C'est, en d'autres termes, en raisonnant par induction, et en reliant à une conception *a priori* les effets juridiques expressément formulés par les tribunaux, que la doctrine est arrivée à systématiser les solutions consacrées par les arrêts. M. Labbé le reconnaissait franchement dans une de ses belles notes du Sirey (1) : « Dans la construction d'une théorie avec les décisions toujours spéciales et les raisonnements de quelques arrêts, disait-il, il y a quelque chose de téméraire ; mais, ajoutait-il, nous avons suivi la logique et la doctrine des auteurs qui s'inspirent de la jurisprudence de la Cour suprême ».

---

intervenu entre la compagnie et l'assuré. *Traité élémentaire de Droit civil*, 2e éd., t. II, n° 1226.

M. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, n° 247, pense, au contraire, que l'engagement du promettant envers le tiers est *contractuel*, parce qu'il naît d'un contrat fait avec le stipulant. A quoi M. Planiol répond qu'il y a bien contrat entre le stipulant et le promettant, mais non entre le promettant et le tiers, et c'est la relation juridique de ces deux personnes qu'il faut expliquer.

Au fond, la réponse de M. Planiol est exacte : l'obligation du promettant n'est pas, à proprement parler, contractuelle, puisqu'il n'y a pas eu accord des volontés du débiteur et du créancier (assureur et tiers).

Néanmoins, le fait qu'elle naît à l'occasion d'un contrat, réagit sur les caractères de cette obligation ; la volonté du stipulant exerce une influence sur le droit du tiers, puisque le stipulant peut postérieurement, par sa seule volonté, révoquer le droit, s'en attribuer le bénéfice, ou le transporter à un autre. Il y a donc là un engagement unilatéral tout particulier, puisque le maintien de cet engagement dépend non de la volonté du promettant, mais de celle du stipulant.

(1) 77, 1, 394, 1re col.

Rares sont les décisions qui donnent une explication du mécanisme juridique de l'assurance sur la vie, et, en tous cas, il est important de remarquer que la Cour de Cassation, à dater du jour où elle a affirmé que le tiers bénéficiaire acquiert contre la Compagnie un droit direct, et non un droit dérivé par l'intermédiaire du stipulant, n'a jamais recherché l'explication juridique de ce résultat.

La doctrine le lui a reproché, bien à tort : « La Cour, disait M. Thaller (1), a préféré imiter le sphynx et poser un axiome ». A notre avis, la Cour a bien fait. Les tribunaux n'ont pas à élaborer des constructions juridiques. Toute explication scientifique d'un acte juridique a l'inconvénient de donner à cet acte des contours trop précis, en l'enfermant dans un cadre, et de gêner ainsi son libre développement. Le rôle de la jurisprudence doit se borner à préciser les effets légaux des actes passés par les particuliers, en s'inspirant du but en vue duquel ces actes sont conclus, et, d'autre part, en assurant le respect légitime des intérêts des tiers et l'observation des principes d'ordre public (2).

Etudions maintenant de plus près l'œuvre de la jurisprudence.

Nous avons dit que les tribunaux avaient toujours vu dans l'assurance sur la vie une stipulation pour autrui.

Cette interprétation soulevait une première difficulté résultant des art. 1119 et 1121 Civ.

Le premier de ces textes prohibe, en principe, les stipulations pour autrui, et, à cette prohibition, l'art. 1121 Civ. n'apporte que deux exceptions. La stipulation pour autrui est valable dans deux cas, que l'art. 1121 indique en ces termes : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre ».

Le contrat d'assurance rentre-t-il dans l'un de ces cas exceptionnels?

---

(1) *Annales de droit commercial*, 1888, p. 197. — Voir aussi la note de M. Labbé, S. 93, 2, 137, 1re col. « Comment s'est formée sur les flancs du patrimoine cette valeur qui n'en fait point partie? Comment expliquer que cette excroissance, due à la volonté du contractant, ne se rattache point, par des ramifications nourricières, au patrimoine de l'assuré? Bien des esprits curieux ont tenté d'obtenir de la Cour suprême une explication scientifique. La Cour a opposé un silence persévérant ».

(2) A un autre point de vue encore, la jurisprudence s'est dégagée de l'étreinte des textes positifs, dans son œuvre d'interprétation. Au début, les tribunaux affirment que, dans le silence de la loi, il faut appliquer au contrat d'assurance au profit d'un tiers les principes généraux du Code, ou bien les règles du droit commun. — Civ. rej., 15 décembre 1873, D. P. 74, 1, 113; S. 74, 1, 199; Req., 20 décembre 1876, D. P. 77, 1, 504; S. 77, 1, 119; Req., 27 janvier 1879, D. P. 79, 1, 230; S. 79, 1, 218. — V. encore les autres décisions citées par Dupuich, p. 9, n. 2. — Cette formule vague, hommage un peu platonique rendu à la méthode traditionnelle d'interprétation, ne se retrouve plus dans les arrêts plus récents.

Si l'on interprète rigoureusement ces deux textes, et si l'on considère le second comme apportant deux exceptions limitatives à la prohibition établie par le premier, la validité de l'assurance au profit d'un tiers devient très douteuse ; les conditions exigées par l'art. 1121 Civ. ne se trouvent pas remplies par ce contrat, puisqu'il n'y a ni donation faite à la Compagnie, ni stipulation au profit du souscripteur de l'assurance (1).

La plupart des décisions passent la difficulté sous silence et se contentent de dire qu'il y a stipulation pour autrui dans les termes de l'art. 1121 ; d'autres déclarent que cette stipulation est valable, soit parce qu'elle est la condition de l'engagement que prend le stipulant de payer les primes annuelles (2) ; soit parce que l'opération présente pour lui un intérêt incontestable, intérêt pécuniaire évident, si c'est un débiteur qui contracte une assurance au profit de son créancier (3), et même, dans tous les cas, à cause de la possibilité pour le stipulant de recueillir, par suite de certaines éventualités, le bénéfice de l'assurance (4) ; enfin, intérêt moral et d'affection toujours, lorsque le contractant stipule au profit de sa femme, de ses enfants ou d'un proche (5).

La question ne présente pas, du reste, grande importance. Il est impossible d'interpréter à la lettre et la prohibition apparente de l'art. 1119 et l'exception contenue dans l'art. 1121. En réalité, l'art. 1119 Civ. est un texte inutile qui ne fait que rappeler une règle morte du droit romain. Il ne saurait s'opposer à la validité d'une stipulation pour autrui ; aucun principe d'ordre public n'interdit une stipulation de ce genre. Dès lors, la stipulation pour autrui est licite, car les parties peuvent faire toute espèce de conventions, pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. Quant à l'intérêt que peut avoir le stipulant à l'exécution de la promesse faite par le débiteur au profit du tiers, il est inutile de le rechercher ; on ne fait jamais d'acte juridique sans intérêt.

Mais il ne suffisait pas de faire rentrer l'assurance sur la vie au profit d'un tiers dans le cadre de la stipulation pour autrui ; il fallait encore, et c'était là le problème le plus difficile à résoudre, déterminer les conséquences juridiques qui allaient découler de cette conception.

C'est ici surtout qu'il est intéressant de retracer l'évolution de la jurisprudence, et de montrer les efforts qu'elle a faits pour concilier, avec les principes généraux qu'elle appliquait, le respect de la volonté du souscripteur et du but de prévoyance qu'il se propose en signant le contrat.

---

(1) Voir Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e édit., t. II, nos 1230 et 2193, avec la note.

(2) Dupuich, p. 29, n. 11.

(3) Dupuich, p. 31, n. 14.

(4) Dupuich, p. 30, n. 13.

(5) Dupuich, p. 29, n° 12.

Il y a eu, sur ce point, trois phases bien distinctes dans la jurisprudence.

1re Phase. — La jurisprudence explique la naissance du droit du tiers *par la théorie de l'offre.*

Le stipulant convient avec la Compagnie que celle-ci paiera, au jour de son décès, l'indemnité déterminée par le contrat. Il devient donc créancier de l'assureur ; puis il offre au tiers bénéficiaire de lui céder ce droit de créance. C'est l'acceptation de cette offre par le tiers bénéficiaire qui opère le transport du droit de la tête du stipulant sur celle du bénéficiaire (1). Ainsi le tiers bénéficiaire est considéré comme l'ayant cause du stipulant, qui lui transmet le droit qu'il a acquis contre la Compagnie.

Les conséquences qui résultent de cette interprétation sont contraires au but même que poursuit le souscripteur de la police, car elles enlèvent toute solidité au droit du bénéficiaire. Il suffit, pour le montrer, d'indiquer les principales d'entre elles :

1° Supposons tout d'abord que le stipulant tombe en faillite avant que le tiers ait accepté l'offre de cession qui lui est faite ; le droit de créance contre la Compagnie devient le gage de la masse de la faillite, et ne peut plus être cédé par le failli au tiers désigné. Quelques rares décisions de jurisprudence ont admis cette solution (2).

Il en est de même dans le cas où l'assurance est contractée, au profit de sa femme, par un commerçant qui tombe postérieurement en faillite. En effet, l'art. 559 Com. établit une présomption en vertu de laquelle les biens acquis par la femme du failli ont été payés avec les deniers du mari et doivent être réunis à la masse ; et l'art. 564 du même Code décide que la femme ne peut exercer aucune action contre la faillite du mari à raison des avantages qu'il lui a adressés. Ces deux textes semblent s'opposer formellement à la validité de l'opération, du moment que la femme est considérée comme l'ayant cause du mari, et comme tenant de celui-ci la créance contre l'assureur (3).

2° Cette théorie aboutit encore à une autre conséquence qui, en pratique, rendrait presque toujours illusoire le droit du tiers bénéficiaire.

L'offre de contracter ne subsiste que jusqu'au moment de la mort du pollicitant, car la manifestation de volonté qu'il a exprimée disparaît nécessairement avec lui. Il faut donc que le tiers auquel cette offre est

---

(1) Labbé, note S. 77, 1, 393. Voir les décisions citées par Dupuich, *op. cit.*, p. 33, n. 2, et p. 118, n. 1. *Adde*, Besançon, 11 novembre 1898, D. P. 99, 2, 81.

(2) Voir Dupuich, *op. cit.*, p. 121, n. 3.

(3) Voir les arrêts cités par Dupuich, p. 118 et 119, n. 2, 3 et 4.

adressée accepte avant la mort du stipulant; sinon, l'accord de volontés ne peut plus se former.

Or, en pratique, c'est presque toujours après la mort du souscripteur de la police que le tiers désigné est appelé à accepter le bénéfice de l'assurance, parce que, presque toujours, il ignore jusqu'à ce moment la stipulation faite à son profit (1).

La jurisprudence ne pouvait pas admettre une solution aussi contraire au but même poursuivi par l'assuré, aussi n'a-t-elle été adoptée que par quelques décisions isolées (2).

2e Phase. — Pour écarter ces conséquences, la jurisprudence apporte à la théorie de l'offre une correction importante. Un grand nombre d'arrêts déclarent que l'acceptation du tiers rétroagit au jour du contrat : cette notion de rétroactivité est fondée sur le caractère conditionnel de l'opération. L'acceptation du bénéficiaire est la condition qui suspend l'effet de la stipulation établie à son profit; du moment où cette acceptation se produit, le droit du tiers devient définitif et remonte au jour de la conclusion du contrat. Ainsi, le tiers est réputé être devenu créancier de l'assureur à dater de la signature même du contrat d'assurance. Il a un droit personnel et direct, qu'il ne recueille pas dans la succession de l'assuré et qui échappe à l'action des créanciers de ce dernier (3).

Du reste, les tribunaux se contentent d'affirmer que l'acceptation rétroagit au jour du contrat originaire, sans s'expliquer clairement sur la condition qui serait jointe à la stipulation faite au profit du tiers. Or, il est assez difficile de justifier juridiquement la présence de cette condition. Si la stipulation pour autrui constitue une simple pollicitation, l'acceptation de cette pollicitation ne saurait avoir un effet rétroactif, car l'accord des volontés ne se forme qu'au jour où elle est acceptée par le bénéficiaire. Si, au contraire, on admet que le droit du tiers naît au moment même où le contrat est passé, l'acceptation du bénéficiaire n'apparaît plus alors comme un élément essentiel à la naissance du droit, lequel existait déjà auparavant, et, ici encore, la notion de rétroactivité n'intervient pas (4).

---

(1) « En fait, dit M. LABBÉ (S. 90, 1, 7, 1re col.), dans la plupart des cas, celui qui contracte une assurance-vie dans l'intérêt d'un tiers, agit de façon à ne pas rendre possible une acceptation antérieure à son décès ; il exprime souvent l'intention de gratifier ses enfants, sa femme, telle ou telle personne ; mais il entend se réserver la faculté de changer cette attribution au gré de ses intérêts ou de ses affections, qui peuvent changer ; il garde chez lui la police ; il n'en donne même pas connaissance aux intéressés. Une clause de la police lui permet de proposer à la Compagnie le rachat de son assurance ou un emprunt sur son assurance ».

(2) Voir DUPUICH, *op. cit.*, p. 121, n. 2.

(3) Voir les arrêts et décisions cités par DUPUICH, *op. cit.*, p. 135, n. 2, sauf pourtant Douai, 6 décembre 1886, D. P. 88, 2, 140; S. 88, 2, 97, et Civ. cass , 7 août 1888, D. P. 89, 1, 118; S. 89, 1, 97, qui ne font allusion, ni l'un, ni l'autre, à la notion de rétroactivité.

(4) Sur la rétroactivité de l'acceptation, voir note LABBÉ, S. 77, 1, 393, p. 394, 1re et

3e Phase. — Enfin, la jurisprudence arrive à reconnaître que le contrat engendre au profit du tiers bénéficiaire un droit qui naît au jour même du contrat, qui appartient en propre au tiers bénéficiaire et n'a jamais dépendu du patrimoine du stipulant. Les fameux arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation des 8 février 1888 et 27 mars 1888 (1) proclament en termes très nets cette nouvelle interprétation. L'arrêt du 8 février est particulièrement explicite : « Attendu, dit-il, que la stipulation pour autrui confère immédiatement un droit au tiers au profit duquel elle a eu lieu ; qu'à la vérité, ce droit peut être révoqué par le stipulant, mais qu'il devient irrévocable du jour où le tiers a déclaré vouloir en profiter ; que l'article 1121 Civ. n'impose aucune autre condition de validité, qu'il n'y a donc lieu d'appliquer en pareille matière ni l'article 932 Civ., aux termes duquel les donations doivent être acceptées du vivant du donateur, ni les principes généraux qui régissent la formation des contrats par l'acceptation d'une offre... » Et l'arrêt du 27 mars 1888 décide que cette créance du tiers contre la Compagnie n'a jamais été, à aucun moment, dans le patrimoine du souscripteur et que le bénéfice n'en peut être réclamé par les créanciers de ce dernier (2).

Depuis les arrêts de 1888, cette interprétation a été acceptée par la presque unanimité des tribunaux (3).

2e col. M. Labbé explique que si la stipulation pour autrui renferme une offre, offre qui ébauche la libéralité et attend le concours d'une autre volonté pour que la libéralité soit parfaite, la libéralité ne peut dater que du jour où la seconde volonté a été émise. Une volonté destinée à former le consentement, base essentielle, source initiale d'une donation, ne rétroagit pas. — Voir aussi note Labbé, S. 85, 1, p. 6, 2e col.

(1) D. P. 88, 1, 193; S. 1888, 1, 121.

(2) Cette interprétation se trouve déjà très clairement formulée dans un arrêt de la Cour de Lyon du 2 juin 1863, S. 63, 2, 202; D. P. 63, 2, 119.

L'arrêt de la Chambre civile du 2 juillet 1884 (Dieudonné contre Blaise), S. 85, 1, 5 ; D. P. 85, 1, 150, avait également admis que le droit du tiers bénéficiaire est un droit personnel, qui ne repose que sur sa tête et n'a jamais été dans le patrimoine du stipulant; mais il déclarait que le capital assuré ne se formait et ne prenait naissance que par le fait même de la mort du stipulant. Cette affirmation répétée par quelques cours d'appel, notamment Besançon, 2 mars 1887, D. P. 88. 2, 1;S. 87, 2, 213, se retrouve encore dans deux arrêts de la Chambre civile du 23 juillet 1889, D. P. 90, 1, 383; S. 90, 1, 5, et du 29 juin 1896, D. P. 97, 1, 73; S. 96, 1, 361.

Cette conception est inspirée par une vue superficielle du mécanisme de l'assurance et ne renferme pas une analyse exacte de la situation juridique. Le capital assuré n'est dû qu'au décès du stipulant, et l'on peut, si l'on veut, exprimer ce fait en disant qu' « il se forme et prend naissance à ce moment ». Il n'en est pas moins vrai que le contrat d'assurance engendre immédiatement une créance contre l'assureur. L'exigibilité de cette créance est sans doute différée au décès du stipulant; mais cela n'empêche pas cette créance de « se former et de prendre naissance » lors du contrat. — Voir Labbé, note, S. 85, 1, 7, 1re col.

(3) Il convient de citer un arrêt de la Cour de Colmar du 27 février 1865, S. 65, 2, 337; D. P. 65, 2, 93, qui, au lieu de rattacher l'assurance au profit d'un tiers à la stipulation pour autrui, déclarait qu'il fallait la considérer comme un contrat *sui generis*, « admis dans la jurisprudence française à une époque relativement récente, et qui ne se

Le tiers devient créancier de la Compagnie, à partir du jour même de la stipulation intervenue en sa faveur (1). Son acceptation n'est donc plus considérée comme un élément essentiel à la naissance de son droit; elle a simplement pour effet de le consolider (2). Les arrêts de 1888 affirment ce principe, non seulement lorsque le contrat a été conclu purement et simplement dès le début au profit d'un tiers bénéficiaire, mais aussi dans les hypothèses suivantes :

Le contrat d'assurance est un contrat *mixte*, dans lequel l'assuré a stipulé que le capital serait payable à lui-même, au terme fixé, ou, s'il vient à décéder avant le terme, au tiers bénéficiaire qu'il a désigné. Cette dernière hypothèse venant à se réaliser, le tiers doit être réputé *ab initio* le seul bénéficiaire de la stipulation faite à son profit (3).

Il en est de même, lorsque le stipulant a modifié par un avenant la désignation du tiers bénéficiaire au profit duquel la police a été souscrite ; le second bénéficiaire est investi d'un droit personnel et direct au capital assuré, à compter de la date même de la police (4).

L'arrêt du 7 août 1888 (5) va plus loin. Dans la police primitive, l'assuré avait stipulé que la somme serait payable, à son décès, à ses héritiers ou ses ayants droit, ce qui, d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation, ainsi que nous le verrons plus loin, équivaut à une stipulation pour lui-même, et, dans un avenant rédigé postérieurement, il avait désigné sa femme comme bénéficiaire. La Chambre civile décide que l'assuré se réserve implicitement mais nécessairement la faculté d'indiquer ultérieu-

---

rencontre, par suite, parmi aucun de ceux énumérés, spécifiés et réglés par les dispositions du Code ». En conséquence, il doit être « sinon exclusivement, du moins plus particulièrement régi par les stipulations de l'acte même, dominées et limitées seulement par les principes généraux du droit ». Il est regrettable que cette large interprétation n'ait pas été adoptée par les autres tribunaux.

(1) Civ. cass., 8 avril 1895, D. P., 95, 1, 441 ; S. 95, 1, 265 ; Civ. rej., 9 mars 1896, D. P. 96, 1, 391 ; S. 97, 1, 225 ; Civ. rej., 25 avril 1903, D. P. 1904, 2, 151 ; Civ. cass., 4 mai 1904, *France judic.*, 1904, n° 25, p. 278; P. F. 1904, 1, 321. — Voir aussi les arrêts, qui ont fait de ce principe de nombreuses applications, cités par Dupuich, note D. P. 1903, 1, 433, I.

(2) Cependant l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1902, D. P. 1903, 1, 433 ; S. 1902, 1, 165, dit que le bénéficiaire devient, *par son acceptation*, le créancier direct de la compagnie. Nous ne croyons pas qu'en employant cette expression, la Chambre civile ait entendu abandonner le principe si fermement posé par l'arrêt du 8 février 1888, pour revenir au système de la rétroactivité. Dans ce sens, Dupuich, note précitée. — *Contra*, Wahl, note, S. 1903, 2, 17, d'après lequel l'acceptation du tiers produit un effet rétroactif qui fait remonter la naissance de son droit au jour du contrat.

(3) Civ. rej., 6 févr. 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121 ; Agen, 25 mai 1894, D. P. 95, 2, 513; S. 95, 2, 110 ; Grenoble, 22 janvier 1901, D. P. 1901, 2, 337; S. 1903, 2, 17.

(4) Civ. cass., 16 janvier 1888, D. P. 88, 1, 77; S. 88, 1, 121 ; Bordeaux, 27 novembre 1896, D. P. 97, 2, 233; S. 99, 2, 177 et la note; Trib. civ. Seine, 14 décembre 1899, D. P. 1900, 2, 198 ; Grenoble, 22 janvier 1901, S. 1903, 2, 17 ; Amiens, 23 décembre 1899, *Recueil d'Amiens*, 1900, p. 146. — Voir aussi Dupuich, *op. cit.*, p. 47, n. 18.

(5) D. P. 89, 1, 118 ; S. 89, 1, 97.

rement la personne à laquelle il entend attribuer le capital stipulé, et cette désignation produit le même effet que si elle avait été insérée dans la police primitive; la créance est censée avoir toujours appartenu, dès le principe, au bénéficiaire désigné dans l'avenant.

Cette dernière solution est plus hardie. Le jugement du tribunal civil de Douai du 11 février 1886 et l'arrêt de la Cour de Douai du 9 juin 1886, déféré à la Cour de Cassation, décidaient, au contraire, que le contrat primitif avait fait acquérir à l'assuré un droit de créance contre la Compagnie, et que, par l'avenant, l'assuré avait transmis ce droit de créance à sa femme, laquelle devait être nécessairement considérée comme ayant acquis ce droit du mari, à titre de donataire, et, comme le mari était mort en état de faillite, ils concluaient que cette libéralité tombait sous la prohibition de l'article 564 Com. (1). La Chambre civile répond, comme nous l'avons dit, que la désignation du tiers bénéficiaire fait disparaître le droit de créance de l'assuré contre la Compagnie et que l'assuré n'a jamais été personnellement créancier (2). L'arrêt de la Cour de Grenoble du 22 janvier 1901, a décidé de même que le droit à l'émolument échappe à l'action des créanciers et aux effets de la faillite, alors même que l'avenant a été souscrit dans les dix jours qui ont précédé la date de la cessation des paiements.

Ainsi, la jurisprudence considère que l'avenant est un acte modificatif de la police qui fait corps avec elle, si bien qu'il remonte rétroactivement au jour de l'assurance.

Que décider lorsque l'attribution du bénéfice de l'assurance ne résulte ni de la police, ni d'un avenant, mais lorsque l'assuré a transmis à un tiers, par voie d'endossement ou de cession civile, le droit au capital stipulé?

Il faut ici faire une distinction.

Si l'assurance a été contractée au profit d'un tiers, l'endossement n'est qu'un mode de désignation du bénéficiaire, et le cessionnaire est purement et simplement substitué au titulaire primitif. Tout se passe donc comme dans le cas d'avenant. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Chambre civile du 4 mai 1904 (3), qui déclare que l'endossement n'est qu'un mode d'exécution de la police et que la substitution d'un nouveau titulaire au titulaire primitif, avant l'acceptation de ce dernier, laisse au contrat le caractère juridique de stipulation pour autrui (4).

---

(1) Voir aussi les autres décisions indiquées par Dupuich, *op. cit.*, p. 84, n. 5. *Adde*, Paris, 11 janvier 1899, D. P. 99, 2, 249. Ce système est maintenu par M. Wahl, note S. 1903, 2, 17.

(2) Voir les décisions citées par Dupuich, *op. cit.*, p. 85, note 6.

(3) *France jud.*, 1904, n° 25, p. 278; P. F., 1904, 1, 321, note Lefort.

(4) Dans le même sens, Paris, 7 mars 1870, *Journal des ass.*, 1871, p. 29.

La Cour de Grenoble dans l'arrêt du 22 janvier 1901, cassé par la Chambre civile, avait

Si, au contraire, la police primitive est faite sans désignation de bénéficiaire déterminé ou au profit de l'assuré, la cession postérieurement intervenue ne peut être considérée que comme une transmission du droit de créance du patrimoine de l'assuré dans celui du cessionnaire. Le cessionnaire doit donc être traité comme étant l'ayant cause de l'assuré (1).

Il reste un autre cas qui ne se présente que rarement dans la pratique (2). C'est celui où le stipulant a désigné le bénéficiaire de l'assurance, non plus dans un avenant passé avec la Compagnie, mais dans son testament. La question est plus délicate.

La Chambre civile de la Cour de cassation a été appelée à la trancher le 24 février 1902 (3). Elle n'a pas osé appliquer à cette hypothèse la théorie du droit direct. Le droit au capital assuré, dit cet arrêt, fait partie du patrimoine du testateur jusqu'au décès de ce dernier, ce n'est qu'à ce moment que le droit du légataire prend naissance. Le légataire est nécessairement l'ayant cause du testateur, et doit être traité comme tel. — On a ajouté que le testament est un acte par lequel le testateur dispose de tout ou partie de ses biens : par conséquent, le testateur ne peut transmettre que les droits dont il était lui-même le titulaire.

Ces deux arguments ne nous paraissent pas convaincants. Il est tout d'abord facile de répondre au second que la définition du testament vise *id quod plerumque fit*, mais il peut arriver que le testament renferme des clauses qui ne correspondent pas à cette définition (4). D'autre part, il n'y a pas de raison décisive d'établir une distinction entre le cas où le stipulant désigne un tiers par un avenant et celui où il fait l'attribution du bénéfice de l'assurance dans son testament. La règle nous paraît être celle-ci : la Compagnie d'assurance s'engage à payer le capital stipulé soit à l'assuré, soit à un tiers. L'assuré qui n'a fait aucune désignation dans

---

donné une autre solution. En endossant la police au profit d'un tiers, disait-elle, l'assuré révoque implicitement la désignation faite primitivement, et le droit de créance contre la Compagnie tombe dans son patrimoine ; par l'endossement, il dispose de ce droit de créance au profit du cessionnaire. Donc ce dernier est l'ayant cause de l'assuré, et la Cour en concluait que l'endossement tombe sous le coup des art. 446, 447 Com., s'il est intervenu dans la période suspecte qui précède la déclaration de faillite.

(1) Voir la note de Wahl, S. 1903, 2, 19. Dans ce sens, Grenoble, 2 février 1882, S. 82, 2, 106 ; Dijon, 16 juillet 1885, *Journal des ass.*, 1886, 141 ; Grenoble, 22 janvier 1901, précité. — Voir Dupuich, *op. cit.*, n°s 170, 215, 235.

Le projet de loi de la Commission, nommée par le Ministre du commerce, pour étudier les dispositions législatives auxquelles pourraient être soumis les contrats d'assurance, décide au contraire, dans son art. 55, que la désignation faite par voie d'endossement donne toujours au tiers un droit direct contre la Compagnie.

(2) V. cependant Cass., 6 mai 1891, D. P. 93, 1, 177 et la note de M. Dupuich.

(3) S. 1902, 1, 165 ; D. P., 1903, 1, 433, note Dupuich.

(4) Voir le rapport précité de M. Lyon-Caen, p. 44, 45.



la police primitive, a toujours le droit de se substituer un tiers, et celui-ci acquiert un droit direct contre la Compagnie; il devient créancier de celle-ci comme si le contrat primitif avait été passé à son profit. Il suffit donc que l'assuré manifeste clairement son intention d'attribuer à une tierce personne le bénéfice de l'assurance; par cette seule manifestation de volonté, la Compagnie devient débitrice de ce tiers; peu importe que cette intention du stipulant soit indiquée dans un avenant ou dans un testament; le résultat doit toujours être le même (1).

Est-il encore possible d'admettre que le droit au capital n'a jamais reposé sur la tête du stipulant, lorsque celui-ci s'est réservé, dans la police, la faculté de révoquer l'attribution et de transmettre le bénéfice de l'assurance à d'autres personnes, ou d'utiliser pour lui-même, à son profit, la valeur pécuniaire que représente le contrat, et lorsque l'acceptation du tiers bénéficiaire, ce qui est le cas ordinaire, n'intervient qu'après sa mort? On sait que ces clauses se rencontrent dans toutes les polices. Peut-on tout en réservant ainsi à l'assuré le droit de conserver la disposition du bénéfice de l'assurance, conférer cependant aux bénéficiaires un droit propre, opposable aux créanciers?

Dans la note publiée au S. 88, 2, 97, sous deux arrêts de Douai, 5 décembre 1886, et Caen, 3 janvier 1888, M. Labbé, approuvant la doctrine de ces arrêts, soutenait qu'il était impossible de donner à la fois satisfaction à ces divers intérêts. « Toute assurance dans laquelle l'assuré, après en avoir offert le bénéfice à sa femme et à ses enfants, conserve jusqu'à sa mort le droit de révocation de l'offre et le droit de disposition de la valeur que représente ou en laquelle peut se convertir la promesse de la Compagnie, doit grossir l'hérédité de l'assuré si celui-ci meurt insolvable ».

Mais la Cour de Cassation ne s'est pas laissée arrêter par cette objection. Déjà l'arrêt du 8 février 1888 avait déclaré que la faculté de révocation qui appartient à l'assuré ne modifie pas la nature du droit du tiers bénéficiaire. A son tour, l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 juin 1891 (2), décide que les clauses relatives à la faculté de céder la police ou de la racheter, « ne font pas tomber de plein droit le capital assuré dans le patrimoine du défunt, et n'ont rien d'incompatible avec la stipulation bien distincte au profit d'un bénéficiaire ». Et, en effet, comme le dit un arrêt du 8 avril 1895 (3), ces clauses n'ajoutent rien au droit de révocation. Ce n'est pas l'insertion de ces clauses, mais seulement l'exercice par

(1) C'est ce que décide l'art. 55 du projet de loi préparé par la Commission. Le tiers bénéficiaire acquiert un droit propre contre la Compagnie, même quand il a été désigné dans le testament de l'assuré.

(2) D. P. 92, 1, 205; S. 92, 1, 177.

(3) Civ. Cass., 8 avril 1895, D. P. 95, 1, 441; S. 95, 1, 265; voir aussi les autres décisions rapportées par Dupuich, p. 41, n. 12.

l'assuré de la faculté qu'il se réserve, qui détruit le droit né au profit du bénéficiaire (1).

II. Rapports du tiers bénéficiaire et du stipulant

Il y a, pour le règlement de ces rapports, diverses époques à considérer. Tant que le tiers ne s'est pas définitivement approprié le bénéfice de la stipulation faite à son profit, le stipulant reste maître de la situation : il peut à son gré anéantir en tout ou en partie le droit du tiers, soit en révoquant l'attribution du capital assuré, soit en cessant le paiement des primes. Du jour où le tiers a accepté, son droit n'est plus à la merci de l'assuré, en ce sens que ce dernier ne peut plus révoquer l'attribution qu'il a faite, et il importe alors de déterminer la nature des rapports qui en résultent entre ces deux parties. Il faut donc étudier : 1° le droit de révocation du souscripteur de la police ; 2° le droit qui lui appartient d'arrêter le contrat en cessant de payer les primes ; 3° l'acceptation du tiers bénéficiaire ; 4° la nature des rapports juridiques qui existent à partir de l'acceptation entre le stipulant et le tiers.

1° *Droit de révocation du souscripteur de la police*

Le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers présente, avons-nous dit, un double caractère. Il est un acte de prévoyance conclu par l'assuré dans l'intérêt des personnes qu'il désigne ; d'autre part, cette désignation ne doit pas lier définitivement le contractant. Les raisons qui l'ont décidé à attribuer aux bénéficiaires qu'il a indiqués le capital assuré, peuvent disparaître : peut-être de nouvelles considérations détermineront-elles le souscripteur à transporter à d'autres intéressés le bénéfice de l'assurance ; peut-être son intérêt personnel exigera-t-il qu'il réserve pour

(1) On s'est demandé également si, lorsqu'une assurance sur la vie est contractée au profit d'un incapable par son représentant (par exemple, par le père administrateur légal des biens de son enfant mineur), celui-ci peut accepter, au nom de l'incapable, la stipulation faite à son profit. On objecte que le représentant ne saurait intervenir dans un contrat, à la fois en son propre nom pour stipuler en faveur de l'incapable, et au nom de l'incapable pour accepter le bénéfice de cette stipulation. Cette objection a une réelle valeur dans le système, aujourd'hui abandonné, qui considère le stipulant comme faisant au tiers une offre qui est ensuite acceptée par ce dernier. Pour qui voit ainsi les choses, il se forme en effet entre le stipulant et le tiers un véritable contrat ; et l'on conçoit qu'on se refuse à laisser jouer dans un contrat les rôles des deux parties à une seule personne. Mais du moment qu'on reconnaît au tiers un droit né directement contre l'assureur, l'acceptation est une opération unilatérale, distincte du contrat, et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit l'œuvre du stipulant, représentant du tiers bénéficiaire. C'est ce que la Cour de Cassation a récemment admis (Civ. rej., 22 avril 1903, S. 1903, 1, 329 ; D. P. 1904, 1, 150 ; P. F. 1904, 1, 161, note Lefort), contrairement à l'avis de la Cour dont l'arrêt lui était déféré (Besançon, 11 nov. 1898, S. 1902, 2, 41). Cf. Perreau, *Revue critique*, 1904, p. 85 et s.



lui-même le profit de l'assurance, afin d'en tirer crédit, s'il se trouve, plus tard, réduit à une situation embarrassée. Il faut donc que le stipulant puisse révoquer le bénéfice de l'attribution qu'il a faite au profit du tiers.

Le droit de révocation a toujours été reconnu par la jurisprudence. La théorie de l'offre, qu'elle adopta tout d'abord, conduisait logiquement à donner au souscripteur de la police le pouvoir de retirer l'offre par lui faite, tant qu'elle n'était pas acceptée par le bénéficiaire. Lorsque la Cour de Cassation proclama que le droit du tiers bénéficiaire prenait naissance au jour même du contrat, elle trouva dans l'art. 1121 Civ. la consécration de la faculté de révocation, puisqu'il résulte de cet article que celui qui a fait une stipulation pour autrui, peut la révoquer jusqu'au jour où le tiers a déclaré vouloir en profiter.

La révocation doit constituer, du reste, un droit personnel au stipulant, qui ne peut être exercé que par lui, car il est seul juge de la question de savoir s'il convient de modifier sa première manifestation de volonté.

Cette faculté ne saurait être accordée à ses créanciers, car il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne de l'assuré. En négligeant quelques rares décisions (1), on peut dire que la jurisprudence consacre sans hésiter le caractère purement personnel du droit de révocation (2).

De même, on ne comprendrait pas que ce droit pût être exercé par les héritiers du stipulant. Du moment que le stipulant est mort, sans avoir révoqué l'attribution faite au profit du tiers, il a manifesté son intention définitive de laisser à celui-ci le bénéfice de l'assurance. Il est inadmissible que ses héritiers méconnaissent sa volonté et, par une révocation intéressée, s'approprient le capital dû par la Compagnie. Aussi y a-t-il lieu d'être surpris des hésitations de la Cour de Cassation. A deux reprises (3), elle a décidé que les héritiers du stipulant pouvaient, après le décès de celui-ci, révoquer la stipulation, tant que le bénéficiaire ne l'avait pas acceptée (4). Dans sa note sur les arrêts de la Chambre civile de 1888 (5), M. Crépon prétend que ces arrêts consacrent implicitement la théorie qui décide que le décès du stipulant rend la stipulation irrévocable. Mais depuis 1884, nous croyons que jamais la Cour de Cassation n'a été appelée à statuer sur cette question (6).

Le prédécès du bénéficiaire doit-il être considéré comme révoquant de plein droit la désignation faite en sa faveur par le souscripteur?

---

(1) Voir Dupuich, *op. cit.*, p. 400, n. 5.

(2) Voir Dupuich, p. 400, n. 6.

(3) Req. rej., 22 juin 1859, D. P. 59, 1, 385; S. 61, 1, 151 ; 27 février 1884, D. P. 84, 1, 389; S. 86, 1, 422. Ces arrêts, d'ailleurs, ne se rapportent pas à l'assurance sur la vie.

(4) *Id.*, Douai, 10 décembre 1895, D. P. 96, 2, 417; S. 98, 2, 243; D. P. 96, 2, 417. V. *Contra*, décisions citées par Dupuich, p. 433, n. 2.

(5) S. 88, 1, 123, 3e col.

(6) D'après le projet de loi de la Commission, art. 56, 4e alinéa, le droit de révocation

L'arrêt du 8 février 1888 de la Chambre civile a décidé que le bénéficiaire est saisi, dès le jour de la stipulation, d'une créance sur la Compagnie d'assurances, et que si, d'après la police, le terme ainsi stipulé ne constitue pas une condition de survie suspendant l'existence de l'obligation, l'héritier du bénéficiaire décédé avant le stipulant a un droit direct et personnel au capital assuré (1).

Cette solution ne paraît pas conforme à l'intention du stipulant qui veut assurer l'avenir de ceux au profit desquels il stipule, et leur procurer des ressources pour le temps qui suivra sa mort. Le prédécès du bénéficiaire supprime donc, en principe, la cause même de sa désignation. La Chambre civile s'est laissée entraîner, par un abus de raisonnement, à déduire du principe par elle admis une conséquence logique, mais contraire au but même du contrat (2).

2° *Cessation du paiement des primes*

Le souscripteur qui signe une police d'assurances ne s'engage que pour la durée d'une année ; le paiement des primes des années suivantes est facultatif. Il conserve donc le droit d'arrêter l'opération, en cessant de verser la prime. Cette faculté est expressément reconnue dans toutes les polices d'assurance sur la vie.

Quand l'assuré use de ce droit, le contrat est résilié, c'est-à-dire qu'il prend fin pour l'avenir, mais l'assuré ou le tiers conservent une créance contre la Compagnie, créance qui a son origine dans le mode de fixation de la prime annuelle. La prime, qui est la représentation du risque couru par l'assureur, devrait croître chaque année, car à mesure que l'assuré vieillit, les chances de mort deviennent plus grandes. Pour éviter les inconvénients de cette variabilité, elle est fixée à un chiffre uniforme, en prenant une moyenne entre la prime la plus faible, celle de la première année, et la prime la plus forte, celle de la dernière. Il en résulte que,

---

ne peut être exercé, après la mort du stipulant, par ses héritiers, que trois mois au moins après que le bénéfice de l'assurance est devenu exigible et un mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure d'avoir à déclarer s'il accepte. Cette disposition a pour but d'empêcher que l'incertitude ne se prolonge, après le décès de l'assuré, sur le point de savoir si le bénéfice de l'assurance sera recueilli par le bénéficiaire. V. rapport Lyon-Caen, sur l'art. 56, p. 45.

(1) Voir note D. P. 88, 1, 193, VII. *Contra*, Douai, 14 avril 1890, S. 92, 1, 179; D. P. 92, 1, 205.

(2) L'art. 56 du projet de loi élaboré par la Commission rectifie sur ce point la jurisprudence :

« L'attribution du bénéfice d'une assurance sur la vie à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente assurés, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation ou des circonstances ».

pendant les premières années, l'assuré verse une prime supérieure à la somme représentant le risque réellement couru par la Compagnie. Cet excédent, destiné à compléter les primes des dernières années, qui, au contraire, sont inférieures au risque effectif, est mis en réserve par la Compagnie, au compte particulier de l'assuré. Quand l'assuré résilie le contrat, il a droit au remboursement de cette réserve, s'il a payé au moins les primes des trois premières années. L'assuré peut choisir entre deux modes de règlement : la réduction ou le rachat. La réduction consiste à laisser la réserve entre les mains de la Compagnie à titre de prime unique, moyennant laquelle la Compagnie paiera un capital correspondant à la valeur de cette prime, au jour convenu. Le rachat est le remboursement immédiat de la réserve.

Si l'assuré opte pour la réduction, le nouveau contrat, qui se forme entre la Compagnie et lui, reste régi par la police primitive (1) ; le tiers bénéficiaire a donc droit au paiement du capital réduit, tant que l'assuré ne révoque pas l'attribution qu'il a faite en sa faveur. La question n'a même soulevé aucune difficulté, car il n'y a pas de décision sur ce point. Les jugements et arrêts (2) se contentent de dire que la police originaire continue à s'appliquer.

Si l'assuré demande le rachat de la réserve, la somme due par la Compagnie tombera-t-elle dans le patrimoine de l'assuré, ou bien le tiers bénéficiaire pourra-t-il la réclamer, comme lui appartenant en vertu de l'attribution faite dans la police ?

Deux arrêts d'Amiens et de Paris (3) ont décidé que cette valeur appartenait nécessairement au contractant lui-même. Au contraire, un jugement du tribunal civil de la Seine du 15 juillet 1895 (4), décide que le droit au rachat fait partie des avantages compris dans la police et est transmis avec elle au bénéficiaire, qui peut exercer ce droit.

La première solution paraît plus conforme au principe même de la créance de rachat. En effet, l'assuré est créancier de la Compagnie parce qu'il a versé une somme supérieure à la prime annuelle couvrant le risque couru par la Compagnie ; donc ce droit de créance naît en sa personne, non en celle du bénéficiaire. Le bénéficiaire a exclusivement droit au paiement du capital promis par la Compagnie (5).

---

(1) Voir les décisions citées par Dupuich, p. 279, n. 4. *Adde*, Paris, 10 janvier 1900, S. 1904, 2, 105, pour un cas particulier de réduction. Voir la note de Wahl, n[os] V et VI.

(2) Cités à la note précédente.

(3) Amiens, 26 avril 1888, S. 88, 2, 240; Paris, 14 novembre 1890, D. P. 95, 1, 442; S. 95, 1, 266. V. aussi Civ. Seine, 18 novembre 1892, *J. ass.*, 1893, 95, pour le cas de rachat à la suite d'annulation du contrat pour cause de suicide de l'assuré.

(4) *J. ass.*, 1896, 139.

(5) Voir Lefort, t. III, p. 32, note 2; cf. Dupuich, n° 205.

3° *Acceptation du tiers bénéficiaire*

L'arrêt du 8 février 1888 Civ., précise quelle est la nature et quels sont les effets de la manifestation de volonté par laquelle le tiers bénéficiaire déclare accepter la stipulation faite à son profit. Elle n'est nullement constitutive du rapport de droit qui unit la Compagnie et le tiers ; ce rapport s'est formé au jour même où le contrat a été passé, et l'acceptation postérieure ne fait que rendre irrévocable le droit né au profit du tiers, en supprimant la faculté de révocation qui, jusque-là, appartient au stipulant. Aussi peut-elle intervenir après le décès de ce dernier (1). De même, la jurisprudence des tribunaux admet qu'elle peut se produire valablement après la faillite du stipulant (2). Enfin, l'acceptation n'est soumise à aucune forme particulière ; elle n'a pas besoin d'être expresse ; elle peut être purement tacite (3).

L'acceptation rend irrévocable le droit du titulaire, en ce sens que l'assuré ne peut plus user de la faculté de révocation qui lui appartenait jusque-là (4). Cependant l'assuré est toujours libre de cesser le versement des primes, soit qu'il le fasse volontairement pour mettre fin au contrat, soit qu'il se trouve dans l'impossibilité d'en continuer le paiement.

Quels sont alors les droits du bénéficiaire ?

Lorsque l'assuré ne fait aucune opposition, il est loisible au tiers de se substituer à l'assuré et de perpétuer le contrat en continuant le service des primes. Deux fois, la Chambre civile a reconnu au tiers le droit d'acquitter les primes annuelles au lieu et place du stipulant (5), mais il convient de remarquer que, dans ces deux espèces, la question ne faisait pas l'objet du litige, et qu'aucune contradiction n'était opposée par l'assuré.

Nous croyons, en effet, que la Cour ne maintiendrait pas la même solution, dans le cas où le souscripteur de la police s'opposerait à la continuation du contrat, et demanderait le rachat, c'est-à-dire le remboursement immédiat de sa réserve (6). Car l'assuré qui a passé le contrat,

---

(1) Voir Cass., 2 juillet 1884, D. P. 85, 1, 150; S. 85, 1, 5; Civ. Mâcon, 12 juillet 1899, D. 1901, 2, 309.

(2) Voir les arrêts rapportés par Dupuich, p. 123, n. 7.

(3) Voir les très nombreuses décisions rapportées par Dupuich, p. 125, n. 2.

(4) V. Civ. Cass., 16 janvier 1888, D. P. 88, 1, 77; S. 88, 1, 121, et les autres décisions citées par Dupuich, p. 134, n. 2. — Lorsque l'attribution du bénéfice a eu lieu à titre de libéralité, ce qui est le cas le plus fréquent (voir ci-dessous, p. 544 et suiv.), certains événements peuvent, même après l'acceptation du bénéficiaire, entraîner la révocation de la donation Sur l'effet que produisent ces causes de révocation, voir ci-dessous, p. 547 et suiv.

(5) Civ. rej., 2 juillet 1884, S. 85, 1, 5; D. P. 85, 1, 150; 29 juin 1896, S. 96, 1, 361, D. P. 97, 1, 73.

(6) Voir ci-dessus, p. 542.



qui est maître de l'interrompre quand il veut, en cessant de payer les primes, ne saurait être privé de ce droit. C'est par sa volonté que le contrat s'est formé, par sa volonté, chaque année renouvelée, qu'il continue ; le jour où cette volonté fait défaut, il cesse nécessairement d'exister (1).

Il n'en serait autrement que dans le cas où l'assuré aurait pris vis-à-vis du tiers, par exemple vis-à-vis du créancier au profit duquel la police est conclue, l'obligation de maintenir l'engagement par le paiement annuel des primes. Le tiers pourrait alors, en cas de non exécution, se substituer à l'assuré (2).

4° Nature juridique des rapports entre le tiers bénéficiaire et le stipulant

L'acceptation confère au tiers bénéficiaire un droit à l'abri des retours de volonté du stipulant, sauf, cependant, la faculté qu'a toujours ce dernier de cesser le paiement des primes et d'exercer le rachat. Quelle est la nature des rapports auxquels l'acquisition ainsi devenue définitive va donner naissance entre le stipulant et le bénéficiaire ? Faut-il considérer le tiers bénéficiaire comme un donataire du stipulant ?

Alors même que l'on admet que le capital versé par la Compagnie au bénéficiaire n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré, et ne saurait être considéré comme l'objet d'une donation faite par celui-ci au tiers qu'il a désigné (3), la question se pose néanmoins de savoir si ce dernier ne doit pas être considéré comme un donataire, toutes les fois que les primes ont été payées par l'assuré.

Cette question ne peut pas recevoir une réponse uniforme pour tous les cas. L'opération juridique accomplie par le souscripteur de l'assurance doit être rangée, suivant les faits qui ont déterminé la conclusion du contrat, soit dans la classe des actes à titre onéreux, soit dans celle des actes à titre gratuit. Ainsi que le dit M. Planiol (4), l'assurance au profit d'un tiers peut être, suivant les cas, un don, un prêt, un dépôt, le paiement d'une dette, un cautionnement et d'autres choses encore. Elle sera incontestablement un acte à titre onéreux lorsqu'elle sera souscrite par un débiteur qui veut se libérer à l'égard de son créancier. Mais lorsque le stipulant est exclusivement guidé par

---

(1) Voir dans ce sens le jugement du trib. civ. de la Seine, du 29 mars 1899, rapporté par DUPUICH, p. 241, n. 5.

(2) Voir DUPUICH, p. 240, texte, et note 1. — Dans ce sens, Rouen, 10 mars 1900, D. P. 1902, 2, 43.

(3) Voir ci-dessous, p. 553 et suiv.

(4) D. P. 93, 1, 401. V. aussi DUPUICH, p. 60.

le désir d'assurer le sort des personnes auxquelles son décès causera un préjudice matériel, lorsqu'il agit dans un dessein de prévoyance, dans l'intérêt de sa femme ou de ses enfants, l'acte doit être considéré comme étant une libéralité (1).

Il est vrai que cette libéralité présente un caractère anormal. Le sacrifice fait par le donateur ne correspond pas au profit procuré au donataire. Ce n'est pas la somme qui sort du patrimoine du stipulant, qui entre dans celui du bénéficiaire. Le stipulant s'appauvrit dans la mesure des primes qu'il verse à la Compagnie; le tiers bénéficiaire, s'enrichit du capital promis par celle-ci; or ce capital, il le reçoit non de l'assuré, mais de la Compagnie elle-même. Bien plus, ce capital n'est même pas formé par l'accumulation des primes payées par l'assuré, puisque, d'après le mécanisme de l'assurance, le capital n'est pas le produit de la capitalisation de ces primes (2).

Ainsi, dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, nous ne trouvons pas une valeur qui passe du patrimoine du souscripteur dans celui du bénéficiaire. Néanmoins, il y a libéralité, parce que l'enrichissement du bénéficiaire est la conséquence directe de l'appauvrissement du patrimoine du souscripteur (3). Ce qui fait la donation, c'est l'*animus donandi*, c'est-à-dire l'intention de gratifier, or, cet *animus donandi* résulte de ce fait que le disposant procure un enrichissement gratuit au bénéficiaire, en s'imposant à lui-même un sacrifice.

Pourtant, on a prétendu que le contrat d'assurance au profit d'un tiers constituait toujours un acte à titre onéreux, parce qu'il est un contrat d'indemnité (4), destiné à réparer le préjudice que le décès de l'assuré cause au bénéficiaire. Ce raisonnement se retrouve dans quelques décisions des tribunaux (5). Il est incontestable en effet que, sinon dans tous les cas, du moins dans la plupart, il répond à l'intention du stipulant. Mais de là à conclure que l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, est, au regard du bénéficiaire, un acte à titre onéreux, il y a loin. Si le chef de famille doit assurer après lui l'existence de ceux qui lui tiennent de plus près, de sa femme, par exemple, ce n'est pas là une obligation juridique, pas même une obligation naturelle, dont l'exécution

(1) Amiens, 4 août 1898, D. P. 1902, 2, 24, S. 1901, 2, 11 : « L'attribution du bénéfice d'une assurance constitue à l'égard du bénéficiaire un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, suivant l'intention qui a guidé le stipulant ». V. aussi Douai, 16 janvier 1897, D. P. 97, 2, 425; S. 1901, 2, 9; P. F. 98, 2, 129.

(2) V. Dupuich, p. 282 et s.

(3) Comparer l'art. 516 C. civ. allemand : « La disposition par laquelle une personne en enrichit une autre aux dépens de son patrimoine est une donation, lorsque les deux parties sont d'accord que la disposition est à titre gratuit ».

(4) V. Lefort, t. I, p. 175 et s., 180 et s., et les auteurs cités.

(5) V. Dupuich, p. 55, n. 2.

puisse être considérée comme un paiement (1); mais, selon les propres expressions de l'auteur que nous avons cité, « un devoir moral », ou mieux un acte « de sage prévoyance ». Une prestation fournie en exécution d'un devoir purement moral n'est pas un acte à titre onéreux, c'est une libéralité. L'*animus donandi*, en d'autres termes, n'a rien d'incompatible avec l'intention de protéger le tiers contre l'éventualité d'un risque ; bien au contraire. Celle-ci est le motif déterminant de celui-là. Le souscripteur de la police s'inflige un sacrifice gratuit pour assurer le sort de ceux qui lui sont chers.

La jurisprudence reconnaît sans hésitation le caractère d'acte à titre gratuit à l'assurance au profit d'un tiers. Pourtant, la Cour de Cassation est allée quelquefois trop loin. Ainsi, l'arrêt de la Chambre civile du 22 février 1893 (2) affirme que l'attribution de la somme assurée, faite par le mari au profit de sa femme, constitue toujours une libéralité, même si le mari a agi dans l'intention, non pas de gratifier, mais d'indemniser la femme à raison d'une obligation contractée par elle dans l'intérêt de la communauté. Il est vrai que la Chambre civile justifie cette solution par un argument spécial, tiré du régime matrimonial : les récompenses dues par la communauté à l'un des époux n'ont lieu qu'après la dissolution de la communauté, et pendant la durée de celle-ci, il ne peut être constitué aucun propre, en dehors des stipulations contenues dans le contrat de mariage.

Ainsi, le plus souvent, le tiers bénéficiaire est, avec le stipulant, dans les rapports de donataire à donateur. Reste alors à savoir quel est l'objet de la donation.

A l'époque où l'on considérait le droit au capital de l'assurance comme acquis d'abord au souscripteur de la police et transmis par lui au tiers désigné (3), on décidait fort logiquement que c'était ce capital lui-même qui faisait l'objet de la libéralité. Du jour où l'on reconnut que le contrat faisait naître au profit du tiers bénéficiaire un droit direct, qui n'a jamais figuré dans le patrimoine du stipulant (4), on dut nécessairement cesser de considérer le tiers comme donataire du capital. Dès lors, les primes seules purent être regardées comme formant l'objet d'une libéralité.

---

(1) Il en est ainsi alors même que l'assurance est contractée au profit de personnes, comme le conjoint ou un enfant, vis-à-vis desquels l'assuré était tenu de l'obligation alimentaire. L'assurance sur la vie qui aurait pour but de procurer des aliments à ces personnes, ne peut être rattachée à l'obligation alimentaire, qui s'éteint par le décès de ces dernières.

(2) S. 94, 1, 65.

(3) V. ci-dessus, p. 532.

(4) V. ci-dessus, p. 533 et suiv.

Les principales conséquences de l'idée nouvelle apparaîtront surtout lorsque nous traiterons des rapports du tiers bénéficiaire avec les créanciers et les héritiers du stipulant. Nous nous contenterons ici d'appeler l'attention du lecteur sur celles, d'importance secondaire, qui intéressent les rapports du stipulant et du tiers bénéficiaire.

Le tiers, disons-nous, peut être considéré comme donataire des primes, mais non du capital. Nous en conclurons que s'il existe entre eux une incapacité réciproque de disposer et de recevoir, l'annulation de la donation amènera la restitution des primes payées par le souscripteur, mais le tiers n'en conservera pas moins le capital.

C'est surtout au point de vue du droit de révocation du stipulant qu'apparaît l'intérêt de notre observation. Nous avons à peine besoin de faire remarquer qu'il ne saurait s'agir ici du droit de révocation qui lui est réservé par l'article 1121, puisque nous nous plaçons en présence du cas où le tiers a manifesté l'intention d'accepter le bénéfice de l'assurance stipulée à son profit, et où, par conséquent, la faculté de révocation découlant de l'article 1121 est éteinte.

Il serait peut-être à désirer, toutes les fois que l'opération présente le caractère d'un acte à titre gratuit, que le stipulant conservât encore le droit de révocation, même après l'acceptation du bénéficiaire. Dans l'état actuel de la législation, il n'en est pas ainsi : le stipulant ne saurait tirer de sa qualité de donateur la faculté de révoquer ; bien au contraire, elle se heurte désormais à un principe d'ordre public, l'irrévocabilité des donations entre-vifs, règle traditionnelle qui survit, en réalité, aux motifs qui l'ont fait adopter, mais que le Code civil a formellement consacrée (art. 894, 943 à 946).

Seulement, il ne faut pas oublier que malgré cette règle, les donations sont soumises à certaines causes de révocation. Ainsi, elles sont révocables pour inexécution des charges, pour ingratitude, pour survenance d'enfant ; entre époux elles sont révoquées de plein droit par le divorce (art. 299) et par la séparation de corps (1) ; faites pendant le mariage, elles sont révocables *ad nutum* (art. 1096).

L'intervention de la plupart de ces causes de révocation peut parfaitement se concevoir en matière d'assurance sur la vie au profit d'un tiers.

Si l'une d'elles vient en effet à se réaliser, quels en seront les effets ? Dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, la réponse ne nous paraît guère douteuse. Le tiers bénéficiaire, titulaire d'un droit direct contre l'assureur, n'est pas donataire du capital. La libéralité qu'il a

(1) Cass., 23 mai 1845, D. P. 45, 1, 225 ; S. 45, 1, 321 ; 27 déc. 1893, D. P. 94, 1, 391 ; S. 94, 1, 119.



reçue ne porte que sur les primes : ce sont donc seulement les primes qu'il aura à restituer en cas de révocation. Le tribunal de Toulouse a jugé en ce sens (1) que le capital assuré, n'ayant fait partie à aucun moment du patrimoine du stipulant, il ne saurait être question de l'y faire rentrer par suite de la survenance d'un enfant à l'assuré.

Chose surprenante cependant ! les auteurs qui se refusent le plus nettement à considérer le bénéficiaire comme donataire du capital, et qui ne manquent pas de déduire rigoureusement les conséquences de cette idée lorsqu'il s'agit de régler ses rapports avec les créanciers et les héritiers du stipulant, ces mêmes auteurs n'hésitent pas à déclarer que la révocation fait rentrer le capital dans le patrimoine de l'assuré (2). Et les tribunaux, à propos de la cause de révocation dont ils sont le plus fréquemment saisis, se sont prononcés dans le même sens. Lorsque l'un des conjoints a contracté une assurance au profit de l'autre, et que celui-ci l'ayant acceptée, le premier use de la faculté de révocation qui lui est réservée par l'article 1096, ils décident unanimement qu'il reprend ainsi la disposition du capital assuré (3).

Ce résultat est-il compatible avec la théorie du droit direct ? Nous ne le croyons pas. Nous inclinons plutôt à y voir une survivance inaperçue et comme inconsciente des anciens systèmes d'après lesquels le bénéficiaire était considéré comme donataire du capital.

III. Rapports du tiers bénéficiaire et des créanciers du stipulant

Les conflits entre les créanciers du souscripteur de la police et le tiers bénéficiaire sont fréquents. Les créanciers de l'insolvable contestent la validité du droit du tiers et soutiennent que le capital fait partie du patrimoine de leur débiteur. A l'appui de cette prétention, ils peuvent invoquer, soit l'action paulienne, soit les articles 446, 447 Com., en cas de faillite, soit les articles 559 et 564 Com., si l'assurance est faite par le failli au profit de sa femme.

Voyons donc quelle est la valeur de leurs prétentions.

Supposons que le contrat d'assurance ait été conclu d'abord sans désignation de bénéficiaire, au profit de l'assuré lui-même, et que postérieurement, l'assuré devenu insolvable fasse un avenant pour soustraire à l'action de ses créanciers le capital assuré et l'attribuer soit à sa femme, soit à ses enfants.

---

(1) 21 février 1902, D. P. 1902, 2, 329.

(2) V. par exemple, Dupuich, p. 115 et s.

(3) V. les arrêts cités par Dupuich, p. 116, n. 6 ; Aj. Amiens, 4 août 1898, D. P. 1902, 2, 24 ; S. 1901, 2, 11 ; Comp. Rennes, 5 nov. 1899 sous Cass., 24 févr. 1902, S. 1902, 1, 165.

Il semble bien que, dans ce cas, l'action paulienne puisse être invoquée par les créanciers contre cet acte de libéralité dirigé contre eux, et, avant 1888, d'assez nombreuses décisions avaient reconnu aux créanciers le droit d'attaquer cette attribution comme faite en fraude de leurs droits (1).

Mais à partir de 1888, la solution adoptée change. Le capital n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré ; la désignation du tiers a pour résultat de donner à celui-ci un droit qui naît au jour même du contrat ; donc les créanciers du stipulant ne peuvent pas prétendre que le contrat d'assurance a fait sortir frauduleusement du patrimoine de l'assuré le capital stipulé, ni demander la révocation de cet acte en soutenant qu'ils ont été frustrés de la valeur de ce capital (2).

Même solution lorsque l'attribution a été faite par le failli, ou lorsqu'elle a eu lieu pendant la période suspecte (3).

Enfin, depuis 1888, la jurisprudence décide également que les créanciers de la faillite ne peuvent pas se prévaloir des art. 559 et 564 Com., pour obliger la femme à rapporter à la masse le montant de l'assurance (4).

Toutes ces solutions, conformes au but même du contrat et si favorables au tiers bénéficiaire, ont été adoptées, presque sans divergence, par la jurisprudence des tribunaux, depuis les arrêts de 1888.

Mais, si le capital ne sort pas du patrimoine de l'assuré, celui-ci, du moins, s'est appauvri de la valeur des primes annuelles qu'il a payées ; et il y a lieu de se demander si les créanciers ne peuvent pas, dans certains cas, réclamer au bénéficiaire le remboursement du montant de ces primes.

Voyons dans quels cas la question peut se poser.

Tout d'abord, il est certain que rien ne peut être réclamé au bénéficiaire, avant que le stipulant soit décédé, et que lui-même ait accepté, car, jusqu'à ce moment, son droit est incertain, puisqu'il peut disparaître soit par son prédécès (5), soit par l'effet d'une révocation du stipulant, soit enfin par la déclaration du tiers qu'il entend ne pas profiter de la stipulation (6).

---

(1) Voir Dupuich, p. 407, n° 216, n. 1, p. 409, n. 4, et p. 411, n. 10.

(2) Civ. cass., 4 mai 1904, *Fr. Jud.*, 1904, n° 25, p. 278; P. F. 1904, 1, 321.

(3) Civ. cass., 7 août 1888, S. 89, 1, 97; D. P. 89, 1, 118 ; Grenoble, 22 janvier 1901, S. 1903, 2, 17 ; Civ. cass., 4 mai 1904, précité. — Voir aussi les décisions rapportées par Dupuich, *op. cit.*, p. 85, n. 6 ; *Contra*, Wahl, note S. 1903, 2, 17.

A fortiori, le syndic n'est pas recevable à invoquer les articles 446 et 447 Com., pour revendiquer le capital au nom de la masse, lorsque l'assurance primitive a été contractée au profit d'un tiers déterminé. Civ. cass., 4 mai 1904, précité.

(4) Civ. cass., 22 février 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 130; Civ. cass., 7 août 1888, D. P. 89, 1, 118; S. 89, 1, 97; Civ. cass., 23 juillet 1889, S. 90, 1, 5 ; D. P. 90, 1, 383.

(5) Voir cependant ci-dessus, p. 540, 541, l'arrêt de la Ch. civ. du 8 février 1888.

(6) Voir Rouen, 6 avril 1895, D. P. 95, 2, 545, qui dit que tant que le bénéficiaire n'a

Il faut donc supposer que l'assuré est mort en état d'insolvabilité, et que les créanciers demandent au bénéficiaire, qui a accepté et ordinairement touché le capital, le remboursement des primes versées par l'assuré.

On a prétendu d'abord que les créanciers avaient le droit d'intenter, en vertu de l'art. 1166 Civ., l'action *de in rem verso*, qui sanctionne le principe d'équité en vertu duquel nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui (1). Mais cette prétention n'est aucunement fondée. L'action *de in rem verso* suppose qu'il y a eu enrichissement sans cause légitime, c'est-à-dire qu'elle n'est donnée que dans le cas où celui qui s'est enrichi ne peut expliquer et justifier par aucune opération juridique son enrichissement. Elle ne peut donc pas être intentée par la personne qui a voulu faire une libéralité, car l'*animus donandi* constitue précisément la cause légitime d'enrichissement (2). Il convient, du reste, d'ajouter qu'aucune décision de jurisprudence n'a admis sur le fondement d'un enrichissement injuste, l'action en réclamation des primes par les créanciers.

A défaut de ce moyen, ceux-ci invoqueront le bénéfice de l'action paulienne, ou les nullités prononcées par les articles 446 et 447 Com. et demanderont la restitution des primes payées en fraude de leurs droits, ou dans la période suspecte.

Enfin, lorsque l'assurance est faite par le mari au profit de sa femme, les créanciers du failli invoqueront l'art. 564 Com. et demanderont le remboursement des primes comme constituant une libéralité faite en faveur de la femme.

Un certain nombre de décisions ont, en effet, accueilli la demande en restitution des primes payées en fraude des droits des créanciers, lorsque l'assuré était insolvable au moment de leur payement et savait qu'en les payant, il diminuait d'autant son actif au détriment de ses créanciers, ou lorsqu'il se trouvait en état de cessation de paiements (3).

Mais c'est surtout dans le cas où l'assurance est contractée par le mari au profit de la femme que la jurisprudence a été appelée à trancher la question du rapport des primes à la masse de la faillite (4).

---

pas touché le capital assuré dont il peut être privé en cas de prédécès ou de révocation, la demande du syndic tendant à le contraindre au remboursement des primes est prématurée.

(1) Voir Dupuich, p. 412, 413.

(2) Voyez Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e éd., t. II, n° 936; Labbé, note S. 93, 1, 281; note 3, D. P. 99, 1, 105.

(3) Lyon, 2 juin 1863, S. 63, 2, 202; Civ. Bruxelles, 1er septembre 1882, *J. ass.*, 83, 62; Civ. Lyon, 31 janvier 1891, *J. ass.*, 91, 138; Civ. Rambouillet, 3 août 1894, R. P. 95, 140; Civ. Seine, 6 mars 1897, *J. ass.*, 97, 525; Bordeaux, 21 mai 1885, S. 86, 2, 38; Civ. rej., 27 mars 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121; Civ. Lyon, 31 janvier 1891, *J. ass.*, 91, 138.

(4) Sur cette question, voir note Labbé, S. 77, 1, 398, 2e et 3e col.; S. 80, 2, 250, 2e et 3e col., et 251; note Crépon, S. 88, 1, 125, 1re et 2e col.; notes Labbé, S. 89, 1, 98, S.

La Cour de cassation ne brille pas ici par la précision : elle se contente de dire que la restitution des primes est due *suivant les circonstances* (1). Voici en quels termes un commentateur autorisé de ses arrêts, développe cette formule énigmatique : « Il en sera ainsi au cas où, par son chiffre, la prime devra être considérée comme une partie du capital du failli, mais non si le montant de la prime rentre dans cette espèce de monnaie courante de revenus destinés à être dépensés d'une façon ou d'une autre, auxquels on peut appliquer l'expression romaine : *lautius vixisset* » (2).

Les Cours d'appel distinguent souvent selon que les primes ont été prises sur les revenus (3) ou sur le capital. Dans le premier cas, il n'y a pas appauvrissement du patrimoine de l'assuré, les créanciers ne peuvent pas exiger la restitution des primes (4). Dans le second, au contraire, les capitaux qui ont servi à payer les primes ont été réellement distraits du gage des créanciers et doivent être restitués.

Une autre opinion, adoptée par le tribunal et la Cour d'Alger (5), déclare que les créanciers ont toujours droit à la restitution des primes, dans tous les cas, à moins que la femme du failli ne démontre qu'elles ont été payées soit par elle-même, de ses propres deniers, soit par des tiers. M. Labbé approuve cette solution (6), qui, dit-il, répond spécialement aux motifs qui ont dicté au législateur les dispositions des art. 559 et 564 Com. La loi présume que, sans ces avantages faits à la femme, la fortune

---

89, 2, 122, 2e et 3e col., S. 93, 2, 137; note BOISTEL, D. P. 89, 2, 157, 158; THALLER, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 195 et s.

(1) Civ. Cass., 22 févr. 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121; 7 août 1888, D. P. 89, 1, 118; S. 89, 1, 97; 23 juillet 1889, D. P. 90, 1, 383; S. 90, 1, 5.

(2) Note précitée de M. CRÉPON.

(3) C'est le cas ordinaire : « Presque toujours, dit M. THALLER, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 195, l'assuré alimente annuellement son contrat par des prélèvements opérés sur ses revenus, et sans attaquer le principal de ses biens. Le calcul d'un homme qui entamerait le fond de sa fortune pour se procurer le montant de ses primes, serait un travail absolument insensé : mieux vaut laisser son capital intact que de le démolir pièce à pièce afin de le reconstituer d'un autre côté. Une application de valeurs déjà capitalisées à la police ne pourrait s'expliquer que tout exceptionnellement et dans l'une des deux situations suivantes. Ou bien c'est un homme qui cherche éventuellement à soustraire à l'action de ses créanciers une portion de son avoir... Ou encore, l'année ne rendant pas tous les revenus ou tous les bénéfices qu'on en attendait, il faut bon gré mal gré réaliser une valeur pour constituer la prime, si l'on ne veut pas se résoudre à un rachat ou à une réduction de police qui ne passent pas, en général, pour des opérations avantageuses ».

(4) Paris, 21 janvier 1874, *J. ass.*, 1874, p. 373; Besançon, 2 mars 1887, S. 87, 2, 213; D. P. 88, 2, 1; Nancy, 17 janvier 1888, D. P. 89, 2, 153; Trib. civ. Dax, 11 mars 1901, P. F. 1902, 2, 28.

(5) Alger, 17 oct. 1892, S. 93, 2, 137.

(6) Note S. 93, 2, 137. — Dans le même sens, THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, n° 1752.



du failli, le gage des créanciers, serait plus riche de tout l'objet de la donation annulée.

Mais cette solution, rigoureuse et absolue, ne tient pas suffisamment compte des différences d'espèces. Il n'y a vraiment libéralité faite par le mari à la femme que lorsque le patrimoine du mari a subi un appauvrissement appréciable, par le fait du paiement des primes ; or, cela ne se produit pas toujours. Si la prime annuelle est modeste par rapport aux ressources des époux, si elle ne représente qu'un faible prélèvement, qui ne diminue en rien la fortune du mari, la femme ne saurait être contrainte à remettre dans la faillite des sommes qui, en réalité, n'ont pas amoindri le gage des créanciers.

Cette idée se rencontre dans un certain nombre d'arrêts ; elle a été très nettement formulée par la Cour d'Aix (1), et par la Cour de Paris (2). C'est, en effet, le critérium qui paraît le plus exact, et qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence. La distinction entre le cas où les primes sont prises sur les revenus et celui où elles entament le capital, s'inspire de la même idée ; car il est à présumer que l'assuré qui a employé une portion de ses revenus au paiement des primes annuelles, eût néanmoins dépensé la même somme de revenus, même s'il n'avait pas souscrit la police d'assurances ; *lautius vixisset*, il aurait employé ses ressources à la satisfaction d'autres besoins. Seulement cette distinction n'a aucun fondement juridique, car elle ne se rencontre pas dans l'art. 564 Com. Au contraire, il est tout à fait conforme à l'esprit même de cet article de rechercher si le paiement des primes a constitué un réel amoindrissement du gage des créanciers, car c'est seulement dans ce cas que l'action en restitution a sa raison d'être (3).

---

(1) Aix, 24 mars 1886, S. 87, 2, 213.

(2) Paris, 10 mars 1896, S. 98, 2, 245; D. P. 96, 2, 465. — Voir aussi, Paris, 24 janvier 1874, *J. ass.*, 1874, 373; Nancy, 17 janvier 1888, D. P. 89, 2, 153; Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 489, note Dupuich.

(3) Voir sur des questions analogues qui se posent en matière de rapport, de réduction et de récompense, ci-dessous, p. 555 à 560, 567 à 569.

D'après l'art. 61 du projet de loi de la Commission, « le capital assuré au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut être réclamé par les créanciers de l'assuré. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes, dans les cas indiqués par l'art. 60, 2e al.. » c'est-à-dire quand elles sont manifestement exagérées eu égard aux facultés de l'assuré, en vertu soit de l'art. 1167 du Code civil, soit des art. 446 et 447 du Code de commerce.

Enfin, l'art. 63, dernier alinéa, déclare que les art. 559 et 564 du Code de commerce, concernant les droits de la femme du failli, sont sans application en cas d'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de sa femme.

IV. **Rapports du tiers bénéficiaire et des héritiers du stipulant** (1)

Nous avons admis que la mort du stipulant, survenue sans qu'il ait révoqué l'attribution faite au tiers bénéficiaire, fixe sur la tête de celui-ci le droit au capital assuré. Les héritiers du souscripteur de la police, ne succédant pas au droit de révocation qui appartenait à ce dernier (2), ne peuvent en user pour arracher au bénéficiaire le profit de l'assurance. Mais ils chercheront souvent à le lui disputer, en totalité ou en partie, en le présentant comme donataire du stipulant.

S'il mérite effectivement cette qualification, la libéralité qu'il a reçue sera rapportable au cas où il est appelé *ab intestat* à la succession du stipulant (art. 843). Qu'il vienne ou non à cette succession, elle entrera en ligne de compte pour le calcul de la quotité disponible ; en d'autres termes, elle sera sujette au rapport fictif de l'art. 922. Enfin, si elle entame la réserve, elle sera soumise à la réduction.

Le bénéficiaire doit-il, en effet, être traité comme un donataire? Nous avons montré précédemment que, dans bien des cas, qui sont justement les plus usuels, on ne saurait lui refuser cette qualité dans ses rapports avec l'assuré ; et alors il ne peut évidemment en avoir d'autre vis-à-vis des héritiers de ce dernier.

Il nous reste seulement à rechercher quel est l'objet de la libéralité qu'il a reçue. Le problème se pose d'abord en ce qui concerne le capital assuré ; puis, une fois reconnu que le bénéficiaire n'est pas donataire du capital, en ce qui concerne les primes.

1° *Rapport et réduction du capital assuré*

Lorsque les questions d'assurance sur la vie commencèrent à se poser devant les tribunaux, on n'hésita guère à considérer le tiers bénéficiaire comme donataire du capital, et le montant de celui-ci comme sujet soit à rapport réel ou fictif, soit à réduction (3). Cette manière de voir cadrait parfaitement avec les idées alors en honneur sur la nature de l'assurance au profit d'un tiers ; du moment que l'on admettait que le droit au capital assuré était acquis d'abord au stipulant, puis transmis par lui au tiers bénéficiaire, il était logique de décider que celui-ci était donataire de ce capital.

Lorsque le point de vue changea, et que la jurisprudence reconnut au tiers bénéficiaire un droit direct sur le capital assuré, la plupart des jurisconsultes pensèrent qu'il ne pouvait plus être traité comme donataire

(1) V. sur ce sujet WAHL, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 20 et s.

(2) Voir pourtant ci-dessus, p. 540 texte et note 3.

(3) V. les arrêts cités par DUPUICH, n° 232, n. 2, 4, 5 et 11, et n° 233, n. 9 et 18, et par WAHL, *op. cit.*, p. 25, n. 1 à 5.



d'une créance qui n'avait jamais figuré dans le patrimoine du stipulant. Néanmoins, par l'un de ces arrêts (1) qui avaient affirmé avec tant d'énergie la théorie du droit direct, et en avaient tiré d'importantes conséquences pour le règlement des droits des créanciers de l'assuré, la Cour de Cassation persistait à affirmer que la stipulation faite au profit du bénéficiaire « constitue une véritable libéralité à laquelle sont applicables les règles concernant les rapports, soit qu'il s'agisse d'assurer l'égalité des partages entre cohéritiers, ou de déterminer à l'égard des réservataires, légataires et donataires le montant de la quotité disponible », et qu'en conséquence le montant de l'assurance doit être réuni aux biens existants dans la succession pour le calcul de cette quotité (2).

La Cour suprême, autant qu'on peut en juger par les termes de l'arrêt et par la note de M. Crépon (3), obéissait au désir de protéger d'une manière efficace le principe de l'égalité des partages et surtout l'intégrité de la réserve héréditaire. On avait bien le droit d'être surpris qu'elle se montrât ainsi plus soucieuse des droits des héritiers que de ceux des créanciers. Il était permis surtout de s'étonner qu'elle donnât, suivant les cas, à l'assurance au profit d'un tiers un caractère variable, qu'elle y vît une donation du capital au regard des héritiers et non au regard des créanciers.

Quelques-uns essayèrent de laver la Cour de Cassation du reproche de contradiction (4). Le moyen le plus plausible, à notre gré, parmi ceux qui furent tentés pour atteindre ce résultat, consistait à remarquer que les créanciers ne peuvent appuyer leurs réclamations que sur l'action paulienne ou sur les dispositions du Code de commerce dérivées des principes de cette action : or, il est de tradition constante et généralement admis par les interprètes du Code civil, que l'action paulienne n'a pas lieu contre les actes par lesquels le débiteur a négligé de s'enrichir. Les héritiers sont mieux protégés ; le rapport et la réduction s'appliquent même aux actes par lesquels le défunt a négligé d'accroître son patrimoine. La preuve s'en trouve notamment dans l'art. 854 du Code civ., duquel il résulte clairement que lorsqu'une association a été faite entre le *de cujus* et l'un de ses héritiers, de manière à assurer à ce dernier une part exorbitante dans les bénéfices, l'avantage qui lui est ainsi procuré est sujet à rapport ; il n'y a pas eu cependant diminution du patrimoine, mais seulement manque à gagner. Il en est de même en ce qui concerne le capital de l'assurance, que l'assuré aurait pu stipuler pour lui-même. En le stipulant au profit d'un tiers, il a négligé une acquisition : le rapport et la réduction doivent fonctionner.

(1) Cités *supra*, p. 526.
(2) 8 février 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121.
(3) S., *loc. cit.*
(4) V. surtout Boistel, note D. P. 89, 2, 153; Labbé, note S. 90, 1, 5.

Cette argumentation est spécieuse ; mais elle a le tort de reposer sur une assertion gratuite : il n'est nullement prouvé que, si le stipulant n'avait pas eu en vue la personne dont il a voulu assurer l'avenir, il aurait traité avec la Compagnie d'assurances, ou entretenu le contrat passé avec elle ; « tel qui, de très bon cœur, serait disposé à payer des primes au profit d'une personne déterminée, n'aura peut-être nulle envie de le faire au profit de sa propre hérédité. Présumer une telle intention, c'est, suivant une juste observation, quitter le domaine des faits pour celui des hypothèses et même des hypothèses peu vraisemblables » (1).

La contradiction subsistait donc. Elle était relevée par la plupart des auteurs (2). Lorsque la Cour de cassation fut de nouveau saisie de ce point litigieux, elle eut à cœur de la faire disparaître, et n'hésita pas cette fois à déclarer que « le capital stipulé n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipulant, ne constituant pas une valeur successorale, ne saurait, par suite, entrer en compte pour le calcul de la réserve (3) ». Cette décision s'appuie, il est vrai, sur un motif qui nous paraît peu solide et que nous avons critiqué (4). Mais elle s'accorde trop bien avec le sens général dans lequel a évolué sa jurisprudence, pour que, malgré quelques résistances partielles dans la doctrine (5) et parmi les Cours d'appel et les tribunaux (6), il soit à désirer et à prévoir que la Cour suprême s'en écarte à l'avenir.

2° *Rapport et réduction des primes*

La principale cause de l'insistance qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine ont mise et mettent encore à soumettre le capital assuré au rapport et à la réduction, se trouve dans le désir de maintenir intactes les bases de notre régime successoral. Si le profit de l'assurance n'est pas rattaché à la succession de l'assuré, il arrivera, dit-on, que tel héritier, bénéficiaire d'une assurance sur la vie contractée par le défunt, pourra, contrairement à l'intention de celui-ci, se soustraire à la règle de l'égalité des partages en gardant pour lui seul une valeur dont ses cohéritiers ne trouveront pas l'équivalent dans la succession ; que tel père de famille créera à l'un de ses enfants une situation bien supérieure à celle des autres,

(1) Dupuich, D. D. P. 92, 2, 153 et *Traité*, p. 445. V. aussi Lefort, t. II, p. 331, n. 2 *in fine*.

(2) V. les citations dans l'article précité de M. Wahl, p. 27, n. 1.

(3) Cass., 29 juin 1896, S. 96, 1, 361, D. P. 97, 1, 73.

(4) La Cour dit que le capital ne se forme que par le fait même de la mort du stipulant. V. *supra*, p. 534, n. 2.

(5) V. Charmont, *Rev. crit.*, 1897, p. 337 et s. ; Vigié, *Rev. crit.*, 1901, p. 211 et s.

(6) Les Cours et tribunaux étaient divisés avant 1896 et le sont encore sur la question que nous venons d'examiner. V. les nombreux arrêts cités par Dupuich, n° 232, n. 6 et 11, n° 233, n. 9 et 18, et par Wahl, p. 27, n. 3 et 4, p. 57, n. 1 et 2. Aj. dans le sens de l'arrêt de 1896, Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 489 ; S. 1904, 2, 105.



que tel mari fera à sa femme des avantages supérieurs à ceux qui sont autorisés par les art. 1094 et 1098 : le droit d'aînesse sera rétabli, les lois sur la réserve héréditaire foulées aux pieds, l'unité de notre régime successoral détruite et son esprit méconnu.

On se convaincra aisément de l'inanité de ces craintes, si l'on veut bien se rappeler que le capital assuré ne provient pas du patrimoine de l'assuré, qu'il ne constitue ni une somme distraite de ce patrimoine, ni même une valeur à l'acquisition de laquelle le stipulant ait renoncé en faveur du bénéficiaire. Or, ni l'égalité qui doit régner dans les partages, ni la protection due aux héritiers réservataires n'exigent que l'on compte dans la succession des biens qui lui sont étrangers et qui sont parvenus à leur possesseur d'une autre source. Il ne faut pas confondre, comme on l'a dit fort justement, l'égalité des parts et l'égalité des fortunes : l'art. 843 veut que les cohéritiers aient des parts semblables ; il n'exige pas que leurs patrimoines soient égaux. De même, l'art. 922 ne veut pas qu'un tiers s'enrichisse aux dépens de la réserve ; il ne lui interdit pas de s'enrichir, même avec le concours du *de cujus*, du moment que les biens réservés aux descendants ou ascendants sont intacts.

Mais cette dernière condition est-elle remplie dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers? Si le capital n'est pas sorti du patrimoine de l'assuré, presque toujours c'est lui qui aura payé les primes, et, dans cette hypothèse, la seule usuelle, et que nous envisagerons à l'exclusion de toute autre, n'est-ce pas aux dépens de ses biens que s'est formée la valeur acquise au bénéficiaire? Et, cette manière de voir admise, ne faut-il pas conclure qu'elle doit figurer dans la succession pour l'application des règles du rapport et de la réduction?

Ce raisonnement ne saurait, à notre avis, faire considérer le stipulant comme donataire du capital assuré. La donation implique appauvrissement du donateur et enrichissement du donataire (1) : le tiers bénéficiaire s'est bien enrichi du capital assuré ; mais l'assuré ne s'en est pas appauvri, puisqu'il n'est pas sorti de son patrimoine. Si sa fortune a été diminuée, c'est seulement du montant des primes qu'il a versées : ce sont elles qui représentent l'appauvrissement du stipulant ; c'est leur paiement aussi qui a déterminé la formation du capital au profit du bénéficiaire ; ce capital a beau être supérieur au montant des primes, celles-ci n'en constituent pas moins la valeur dont l'assuré s'est dépouillé.

Si donc le capital doit être mis hors de cause, il paraît difficile de contester, en principe, que le tiers bénéficiaire soit donataire des primes et doive être traité en conséquence (2).

(1) V. *supra*, p. 545, 546.

(2) En ce sens, les auteurs et les arrêts cités par Dupuich, p. 446, n. 2 et 3. Aj. Paris, 5 mai 1899, D. P. 1901, 2, 240.

Mais alors le but poursuivi par le souscripteur de la police ne va-t-il pas être le plus souvent manqué ? Il avait voulu procurer après son décès, au tiers pour lequel il a stipulé, la somme assurée dans son intégralité ; et cette somme sera, en effet, intégralement versée entre ses mains par la Compagnie d'assurances. Qu'importe ? puisque par le jeu du rapport ou de la réduction, il va être obligé de rendre compte aux héritiers d'une partie de la somme égale aux primes versées par le défunt.

Sans doute, il pourra se faire que le sacrifice qui lui sera ainsi imposé soit inférieur au capital qu'il a touché ; il sera même d'une importance minime, si l'assuré est mort peu de temps après la souscription de la police. Mais, si sa vie s'est prolongée, et qu'il s'agisse d'une assurance vie-entière, le total des primes pourra être supérieur au capital assuré (1). Le bénéficiaire qui aurait commis l'imprudence d'accepter la stipulation faite à son profit, loin de retirer aucun avantage du contrat, essuierait alors une perte.

Ce premier résultat, qu'une Cour n'a pas craint d'admettre (2), peut cependant être évité assez aisément. Si la donation ne dépasse pas l'appauvrissement du donateur, elle ne saurait davantage excéder l'enrichissement du donataire. L'héritier n'est tenu de rapporter que les *profits* qu'il a retirés des actes du défunt (art. 853) ; peut-on dire que le versement des primes a procuré au bénéficiaire un profit supérieur au capital qu'il touche ? De même pour l'application des règles de la réduction, les biens donnés doivent être comptés d'après leur valeur au jour du décès (art. 922) ; peut-on dire que les primes versées, quelle que soit l'importance de leur total, aient une valeur supérieure au capital qui en forme la contre-partie (3) ?

Voilà donc le tiers bénéficiaire soustrait au risque d'être obligé de subir le rapport ou la réduction sur une somme supérieure à celle qu'il touche. Mais n'est-ce pas trop déjà qu'il les supporte sur une somme quelconque, fût-elle égale ou inférieure ? Plusieurs, parmi les jurisconsultes qui se sont occupés de l'assurance sur la vie l'affirment (4) et cherchent une combinaison qui puisse le soustraire à tout rapport, à toute réduction. Cela est-il possible ? Cela est-il conforme aux principes de notre droit successoral ?

Le rapport entre cohéritiers peut fréquemment être écarté au moyen du

---

(1) Dans d'autres cas encore, il peut arriver que les primes payées soient supérieures au capital dû par la Compagnie. V. Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 489; S. 1904, 2, 105, et la note Wahl.

(2) V. Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 489, note Dupuich ; S. 1904, 2, 105, note Wahl.

(3) Wahl, *op. cit.*, p. 54 et s., 62 et s.

(4) V. par exemple, Thaller, *Réforme sociale*, 1897, p. 803.



système qui prévaut en jurisprudence sur les dispenses de rapport. On sait que la disposition de l'art. 843, qui veut que la dispense de rapport soit expresse, est largement interprétée par les tribunaux et que, notamment, ils ne l'appliquent point aux libéralités qui n'exigent pas, pour leur validité, l'observation de formes solennelles (1). Cette jurisprudence s'est formée surtout à l'occasion des donations déguisées et des dons manuels; mais ce n'est pas s'écarter de son esprit que de l'étendre aux autres donations qui n'empruntent pas les formes des art. 931 et s., et particulièrement à la donation indirecte que l'assuré fait au bénéficiaire en acquittant, entre les mains de la Compagnie d'assurances, les primes destinées à lui assurer le versement du capital stipulé à son profit (2). Si le défunt a effectivement entendu dispenser le bénéficiaire du rapport des primes, il sera souvent facile à ce dernier de démontrer que telle a été son intention, et de se dérober ainsi à l'application de l'art. 843 (3). Si, au contraire, l'intention de l'assuré a été différente, rien de plus juste que de maintenir, par l'obligation du rapport, l'égalité entre les cohéritiers.

On aperçoit aisément par quels côtés cette théorie peut paraître insuffisante. D'une part, l'héritier qui allègue une dispense de rapport, même tacite, doit prouver qu'elle a été dans l'intention du donateur, et établir les circonstances d'où il la fait résulter; il se peut qu'il échoue dans cette preuve. D'autre part, la volonté du donateur, souveraine quant au rapport, est impuissante quant à la réduction; elle ne peut ni distraire les primes données de la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible, ni les soustraire au retranchement si elles entament la réserve.

Ceux qui veulent débarrasser de toute entrave le fonctionnement de l'assurance sur la vie, ont donc cherché d'autres procédés qui permissent de faire complètement ou presque complètement abstraction des primes dans le règlement de la succession de l'assuré.

On y réussira sans peine si l'on considère l'assurance sur la vie comme un contrat d'indemnité ayant pour but de réparer le préjudice causé au bénéficiaire par le décès de l'assuré (4). Mais nous croyons avoir établi la fausseté de cette conception (5).

Quelques auteurs (6) ont esquissé une théorie qui réduirait à peu de choses l'action du rapport et de la réduction en ce qui concerne les

(1) V. Code civ. annoté de Fuzier-Hermann, art. 843, n°s 74 et s., 81 et s., et suppl., n°s 31 et s., 39 et s. Aj. pour les dons manuels, Cass., 18 novembre 1903, S. 1904, 1, 40.

(2) En ce sens, Wahl, *op. cit.*, p. 46 et s.

(3) V. dans l'article de M. Wahl, diverses circonstances qui pourront déceler cette intention.

(4) En ce sens, Lefort, t. II, p. 321 et s.

(5) V. *supra*, p. 545, 546.

(6) V. Boistel, n. D. P. 1889, 2, 154, 2e col., et D. P. 1891, 2, 9; Olivier, *Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 440 et s.; Thaller, *Réforme sociale*, 2e sem., 1897, p. 893 et 900.

primes. Suivant eux, elle ne saurait s'exercer que sur la dernière prime annuelle. Les Compagnies d'assurances règlent leurs tarifs de manière que les primes afférentes à chaque année soient au moins suffisantes pour couvrir les indemnités qu'elles auront à débourser dans la même année. La prime payée dans l'année du décès est donc la seule qui contribue à la formation du capital assuré; seule, elle est sujette à rapport ou à réduction.

Ce raisonnement aurait une grande valeur s'il y avait vraiment, comme on semble le prétendre, une mutualité passagère entre les assurés qui, chaque année, apportent leurs primes à la Compagnie, si ces primes formaient un fonds commun exclusivement destiné et seul destiné au règlement des capitaux devenus exigibles au cours de cette même année. Mais il n'en est rien; les assurés ont pour gage tout le patrimoine de la Compagnie, et ne sauraient certes voir leurs créances réduites, lorsqu'une mortalité exceptionnelle, déjouant ses calculs, fait que les primes de l'année sont insuffisantes pour faire face aux paiements. Cette observation suffit (1) à prouver que le droit au capital assuré ne se rattache pas seulement à la dernière prime; c'est une créance contre la Compagnie, gagée sur la totalité de son patrimoine, à la formation duquel ont contribué toutes les primes versées par l'assuré. On a donc le droit d'affirmer que c'est bien la totalité des primes qui forme la contre-partie du capital.

Une opinion qui a recueilli un certain nombre d'adhésions, consiste à distinguer selon l'origine des fonds qui ont servi à l'acquittement des primes. Ont-ils été pris sur les capitaux, il y a libéralité sujette à rapport et à réduction. Ont-ils été prélevés sur les revenus, le rapport et la réduction doivent être écartés.

Cette distinction se rattache au système d'après lequel les libéralités faites à l'aide des revenus ne sont pas sujettes à rapport (2). Sans entrer dans l'examen de cette thèse, qui dépasse le cadre de notre étude, il nous suffira de constater que la Cour de Cassation déclare rapportables (3) et sujettes à réduction (4), les donations faites sur les revenus. Il est peu probable dès lors qu'elle suive les auteurs et les arrêts qui exonèrent de ces opérations les primes payées au moyen des revenus.

On peut se demander seulement si elle n'appliquerait pas, le cas échéant, au règlement de la succession de l'assuré, la formule qu'elle a

---

(1) V. dans WAHL, *op. cit.*, p. 42 et s., 61 et s., une réfutation plus détaillée de cette idée, qui ne paraît pas avoir pénétré dans la jurisprudence.

(2) DEMANTE et C. DE SANTERRE, *Cours analyt. de C. civ.*, 2e éd., t. III, n° 188 *bis* I; AUBRY et RAU, 4e éd., t. VI, p. 633, § 631, texte et note 41; DEMOLOMBE, t. XVI, nos 408, 409.

(3) Cass., 13 av. 1899, S. 1902, 1, 185, D. P. 1901, 1, 233.

(4) Cass., 30 juillet 1900 (sol. implic.), S. 1902, 1, 177.



adoptée en matière de rapport à la faillite, et d'après laquelle le rapport doit être ou non effectué « suivant les circonstances » (1).

Il faudrait alors se préoccuper, non pas de l'origine des primes, mais, en adaptant à l'espèce un principe posé d'une manière générale pour le rapport par l'arrêt (2) de la Cour de cassation du 13 avril 1899, *de la cause et de la nature de la dépense* qu'elles représentent. Si elles sont modiques par rapport aux revenus de l'assuré, elles peuvent être assimilées aux cadeaux et présents d'usage que l'art. 852 C. civ. dispense du rapport. On ne ferait ainsi que suivre la tendance générale de la jurisprudence qui, dans l'interprétation de ces expressions, s'est inspirée sans cesse de cette idée que la distinction des libéralités sujettes au rapport et des dépenses qui y échappent, est surtout une question de mesure, de comparaison entre les déboursés et les ressources (3). Cette thèse, indiquée notamment par M. Glasson (4), habilement développée par M. Dupuich (5), est plus ou moins explicitement admise par un grand nombre d'auteurs et de décisions de jurisprudence. C'est, en réalité, à elle que se rattachent la plupart des autorités qui sont généralement citées comme favorables à la distinction entre les primes prises sur les revenus et les primes prélevées sur le capital (6).

V. Rapports du tiers bénéficiaire et de la communauté ayant existé entre lui et le stipulant (7)

Le mariage et les préoccupations d'avenir qu'il fait naître, ont fourni un terrain particulièrement favorable au développement des assurances sur la vie. Dans la plupart des ménages, c'est le travail personnel de l'un

(1) V. *supra*, p. 551.

(2) Précité.

(3) V. les arrêts cités par M. DUPUICH, n. D. P. 1900, 2, 490.

(4) « Dans le cas où les primes n'ont pas été prises sur le capital, mais sur les revenus du père de famille, ne peut-on pas dire qu'alors, bien que les primes soient sorties de son patrimoine et par cela même qu'elles étaient très modiques, il n'y a pas eu libéralité... Notre dérogation n'est pas très hardie, puisque nous ne l'appliquons qu'autant que les primes sont peu importantes eu égard à la fortune du père de famille qui les paie; dès que les primes sont vraiment élevées, nous admettons qu'il y a libéralité et nous soumettons cette libéralité au rapport, à moins d'une dispense expresse ». *Réforme sociale*, 2e sem., 1897, p. 899.

(5) Note précitée, D. P. 1900, 2, 489.

(6) V. les citations dans la note de M. DUPUICH. L'art. 60 du projet de loi présenté par la Commission décide que « les sommes payables au décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ne sont soumises ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers de l'assuré.

« Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par l'assuré à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

(7) V. sur ce sujet les thèses de doctorat de MM. BAZENET, Dijon, 1888; CLARO, Paris, 1893; ROUSSELON, Grenoble, 1901, etc.

des conjoints, ordinairement du mari, qui fournit la plus grosse part des ressources. Sa disparition laissera l'autre dans la misère, ou tout au moins dans une situation pécuniaire inférieure à celle dont il jouissait avant son veuvage. Une assurance vie entière ou mixte sur la tête de l'époux qui fait vivre le ménage, ou tout au moins une assurance de survie, pour le cas de son prédécès, sera le meilleur moyen de parer à cette éventualité.

Pour que le but qu'on s'est proposé soit pleinement atteint, il est souhaitable que le capital assuré tombe intégralement et sans charges dans le patrimoine du conjoint auquel il s'agit de procurer des ressources. Supposons que ce dernier soit la femme, et raisonnons exclusivement sur cette hypothèse, beaucoup plus usuelle que le cas inverse. Le mari fera une assurance au profit de sa femme, de manière que le capital assuré entre dans le patrimoine de celle-ci comme une valeur lui appartenant personnellement et indépendante de sa propre succession.

Ce résultat peut-il être obtenu sous l'empire du Code civil? Les règles que ses auteurs ont posées à une époque où l'assurance sur la vie était inconnue, ne vont-elles pas fausser le fonctionnement de l'institution, et en empêcher l'adaptation aux besoins et aux légitimes préoccupations des époux?

Si les époux sont mariés sous un régime autre que celui de la communauté, leurs patrimoines restant distincts l'un de l'autre, l'assurance sur la vie jouera à peu près comme entre étrangers ; elle pourra se heurter à certains textes spéciaux, comme les articles 559 et 564 du Code de commerce ; elle ne soulèvera guère d'autres difficultés d'ordre général que celles qui ont été précédemment examinées. Et c'est pourquoi nous avons déjà pu, à plusieurs reprises, aborder des questions intéressant l'assurance contractée par l'un des époux au profit de l'autre (1).

Mais si le régime matrimonial des époux est celui de la communauté, les obstacles apparaissent. Le bénéfice de l'assurance, au lieu de demeurer propre à la femme, ne va-t-il pas tomber dans la communauté? A supposer qu'il puisse être réservé à la femme, celle-ci ne sera-t-elle pas tenue, vis-à-vis de la communauté, à des récompenses qui absorberont plus ou moins complètement le capital dont la propriété lui aura été reconnue? Telles sont les deux questions que nous nous proposons d'examiner (2).

(1) Nous aurions pu y joindre, si nous n'avions dû nous borner, celles auxquelles donne lieu l'assurance contractée par les deux époux au profit du survivant.

(2) Dans certaines circonstances, l'assurance sur la vie entre époux revêt le caractère d'une opération à titre onéreux. Nous laissons de côté cette hypothèse sur laquelle on pourra consulter Douai, 16 juin 1897, S. 1901, 2, 9, et les arrêts cités en note. V. aussi Paris, 2 janvier 1902, *Gaz. des trib.* du 26 juin. V. encore ci-dessus, p. 546. Nous passerons également sous silence le cas, peu usuel, d'une assurance contractée par la femme au profit du mari, celui où l'assurance est contractée par les époux au profit d'un tiers, qui ne présente pas de sérieuses difficultés, et enfin l'assurance contractée par un époux commun sans désignation de bénéficiaire, qui n'en soulève pas non plus. V. sur ce dernier cas, Cass., 24 février 1902, D. P. 1903, 1, 433, S. 1902, 1, 165.

1° *Attribution du capital*

Lorsque l'assurance a été contractée avant le mariage, le principe de la liberté des conventions matrimoniales permettra aisément de rendre le capital assuré propre à la femme. Il suffira aux époux d'adopter, dans leur contrat de mariage, une clause de réalisation excluant ce capital de la communauté. Telle sera, par exemple, la clause réduisant la communauté aux acquêts : la femme ayant, en cas de survie, un droit dont l'origine remonte à une époque antérieure au mariage, ce droit ne sera pas compris dans la communauté; si elle y renonce ou si elle invoque le bénéfice de l'art. 1483, les créanciers du mari et de la communauté ne pourront lui disputer une valeur qui n'a jamais fait partie de la masse commune.

En l'absence même de contrat de mariage, le bénéfice de l'assurance pourra être considéré comme exclu de la communauté légale, en vertu d'un raisonnement fondé sur l'art. 1401, 1° *in fine* (1) et sur lequel nous reviendrons par la suite.

Quant à l'assurance sur la vie contractée pendant le mariage, une clause de réalisation aura pu également, par avance, l'exclure de la communauté.

Les difficultés surgissent lorsque cette clause n'existe pas, et spécialement lorsque, comme il arrive souvent, les époux sont mariés sans contrat, et par conséquent soumis au régime de la communauté légale pure et simple.

La masse commune comprend alors tous les biens meubles des époux, qu'ils soient acquis avant ou après le mariage, à titre gratuit ou à titre onéreux. Si l'on applique cette règle à l'assurance sur la vie contractée par le mari au profit de la femme, la conséquence sera qu'elle n'aura aucun droit au capital assuré, si elle renonce à la communauté ; qu'elle n'en recueillera que la moitié en cas d'acceptation, et que les créanciers de la communauté pourront mettre la main sur cette valeur. En un mot, la situation sera la même que si l'assurance avait été contractée par le mari à son profit personnel. La stipulation au profit de la femme n'aura produit aucun effet.

On s'est ingénié à esquiver ce résultat, tout à fait éloigné du but poursuivi par l'assuré.

A cet effet, on a essayé de soutenir que le bénéfice de l'assurance ne peut tomber dans la communauté, parce qu'il n'est acquis à la femme qu'au décès du mari, c'est-à-dire lors de la dissolution de la communauté (2). Mais nous avons montré (3) que cette manière de raisonner

(1) Cass., 10 novembre 1879, D. P. 80, 1, 175; S. 80, 1, 337.

(2) V. les auteurs et les décisions citées par Dupuich, p. 469, n. 6 et 7. Aj. Civ. Seine, 3 avril 1897, D. P. 98, 2, 371, et Paris, 5 mai 1899, D. P. 1901, 1, 240.

(3) *Supra*, p. 534, n. 2.



repose sur une vue superficielle et en somme inexacte de la situation. Il faut chercher autre chose.

Un grand nombre de décisions de jurisprudence se sont emparées de deux textes du titre du Contrat de mariage, les art. 1401 1° et 1422. Voyons le parti qu'on peut tirer de l'un et de l'autre, et d'abord de l'art. 1422.

Eh bien! soit, a-t-on dit, le bénéfice de l'assurance tombera dans la communauté. Mais le mari peut disposer à titre gratuit des effets mobiliers de la communauté, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1422). Et il peut en disposer au profit de toutes personnes, donc au profit de la femme elle-même, sauf la faculté de révocation qui lui appartient en vertu de l'art. 1096. Et s'il use de son droit de disposition au profit de la femme, les biens donnés entreront nécessairement dans le patrimoine propre de celle-ci.

En effet, l'art. 1401, 1°, permet au donateur de décider que les meubles donnés ne tombent pas dans la communauté (1). Or, lorsque le mari fait à la femme une donation de biens communs, cette clause doit nécessairement être sous-entendue; car, en son absence, la donation ne servirait à rien; les biens donnés retomberaient aussitôt dans la communauté, d'où le mari a précisément voulu les faire sortir au profit de la femme.

Le mari peut donc donner à la femme le bénéfice de l'assurance, de manière à ce qu'il lui demeure propre. Or, c'est ce qu'il veut faire, c'est ce qu'il fait sous une forme abrégée, mais cependant très claire, lorsqu'il stipule l'assurance au profit de la femme. Que veut-il? Que le bénéfice de cette assurance appartienne à la femme, à la femme seule. Son intention implicite est de faire tout ce qui est nécessaire pour que ce résultat soit atteint, y compris une donation. Le contrat doit donc être interprété comme renfermant, en tant que de besoin, donation à la femme du bénéfice de l'assurance à titre de propre. En tant que de besoin, disons-nous. En effet, il ne sera pas toujours nécessaire de considérer la femme comme donataire pour le tout du capital assuré. Si elle accepte la communauté, elle en recueillera la moitié comme commune, et ne sera donataire que de l'autre moitié (2). Mais si elle renonce à la communauté elle devra être envisagée comme donataire de la totalité du capital.

---

(1) On décide généralement que l'intention du donateur n'a pas besoin d'être expressément formulée, malgré les termes de l'art. 1401, 1°. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 544; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 401; Baudry-Lac., Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n° 466; Req. 10 novembre 1879, D. P. 80, 1, 175; S. 80, 1, 337, note Labbé; Paris, 19 mai 1890, D. P. 93, 2, 185; Cass. req., 21 juin 1893, D. P. 94, 1, 20; S. 94, 1, 47.

(2) V. Douai, 16 janvier 1897, D. P. 97, 2, 425; S. 1901, 2, 9. — V. en sens contraire, Amiens, 21 février 1880, précité, et la critique de cet arrêt par M. Labbé.



Le raisonnement est habile et spécieux. On peut concevoir telle hypothèse où il correspondra exactement à l'intention des parties (1). Il donne satisfaction à plusieurs des desiderata que fait ressortir la pratique des assurances sur la vie. A plusieurs, mais pas à tous. Il conduit, en effet, à faire considérer le droit au capital assuré comme ayant figuré dans la communauté, et nous verrons que cela n'est pas sans inconvénient (2).

On peut, en modifiant un peu le raisonnement, faire à la femme une situation plus favorable. Ce qui est dangereux pour elle, c'est que le droit au capital soit présenté comme une valeur de communauté, qui lui est attribuée, soit en vertu des droits qu'elle a sur les biens communs, soit en vertu d'une donation faite par le mari. On arrivera donc à la couvrir de tout risque si l'on fait en sorte que ce droit ne puisse être à aucun moment rattaché à la communauté. Or c'est un résultat qu'il est aujourd'hui facile d'obtenir

Il n'en a pas toujours été de même. Lorsqu'on admettait que le bénéfice de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers est acquis d'abord au stipulant, qui l'offre au tiers bénéficiaire, l'assurance contractée au profit de la femme par le mari tombait nécessairement en communauté du chef de celui-ci, et ne pouvait en sortir et devenir un propre de la femme que par l'effet de la donation qui lui en était faite par le mari. Mais il est reconnu maintenant par les tribunaux que, dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, le droit au capital assuré prend naissance directement sur la tête du bénéficiaire. Le capital stipulé par le mari en faveur de sa femme n'a donc jamais reposé sur la tête du mari, et n'a pu tomber en communauté de son chef.

Ce point acquis, il faut bien reconnaître que nous ne sommes guère plus avancés qu'auparavant. En effet, si le capital assuré ne tombe plus dans la communauté du chef du mari, ne va-t-il pas y tomber du chef de la femme, comme toutes ses acquisitions mobilières? Pour le lui réserver en propre, on fait intervenir l'art. 1401, 1°, et la faculté qu'il reconnait au donateur d'exclure les objets donnés de la communauté; le mari sera facilement présumé, lorsqu'il contracte une assurance au profit de la femme, avoir eu l'intention d'user de cette faculté.

Ce raisonnement a eu du succès auprès des auteurs les plus récents. Et cependant, réduit à ces termes simples, il cadre mal avec le texte de l'art. 1401, 1°. Ceux qui s'en contentent oublient trop que, d'après cet article, la réserve en propre ne peut s'appliquer qu'aux meubles *donnés*, et s'effectuer que par la volonté du *donateur*. Or, tout le travail de la doctrine et de la jurisprudence a eu précisément pour objet d'établir que

(1) V. Cass., 2 mars 1881, S. 81. 1, 145, et la note de M. LABBÉ.
(2) V. *infra*, p. 566.

le tiers bénéficiaire n'est pas donataire du capital assuré, le droit à ce capital prenant naissance, comme nous le rappelions à l'instant, sur la tête même du tiers; s'il y a une donation à son profit, elle ne peut porter que sur les primes. Une notable partie de cette étude a eu pour objet d'établir cette proposition et d'en dégager les conséquences, notamment en ce qui concerne le rapport et la réduction. Mais alors, si la femme n'est pas donataire du capital, si le mari n'en est pas donateur, il faut renoncer à lui reconnaître le pouvoir d'en faire un propre de la femme en vertu de l'art. 1401, 1°.

L'objection serait décisive, si nous étions condamnés à nous cantonner rigoureusement dans la lettre de l'art. 1401. Mais, est-ce une trop grande hardiesse que de dégager de l'espèce particulière qui y est prévue, une pensée plus large et que l'on pourrait formuler ainsi : Lorsqu'une personne, au moyen de sacrifices par elle consentis (les primes, dans l'espèce), fait acquérir gratuitement à l'un des époux un bien mobilier, elle peut valablement manifester la volonté que ce bien lui reste propre au lieu de tomber dans la communauté. Si l'on admet cette interprétation extensive de l'article 1401, 1°, on sera amené à conclure que le mari, en stipulant une assurance sur la vie au profit de sa femme, a pu lui en réserver le bénéfice comme propre, et cette intention pourra être établie au moyen de présomptions de fait tirées des circonstances.

Parmi les arrêts qui ont eu à régler le sort du capital assuré au profit de la femme sous le régime de la communauté, et qui ont généralement tranché la question en faveur de la femme, un grand nombre se sont placés à l'un ou à l'autre des points de vue que nous venons d'examiner.

Quelques-uns ont considéré la femme comme donataire en vertu de l'art. 1422 (1). Cete manière de voir, dont l'utilité n'apparaît plus, comme nous l'avons montré, du moment que le contrat est regardé comme conférant un droit direct à la femme, tend à céder le pas dans quelques arrêts récents au système fondé exclusivement sur l'art. 1401, 1° (2).

Mais la plupart des décisions de jurisprudence se contentent, pour justifier l'attribution en propre à la femme du capital assuré, de mettre en avant l'idée d'une libéralité qui lui est faite par le mari, sans en expliquer d'une façon précise le fonctionnement (3).

Il ne serait pas sans intérêt pourtant de connaître exactement le *processus*

---

(1) Amiens, 21 ou 25 février 1880, sous Cass., 9 mai 1881, S 81, 1, 337; D. P. 82, 1, 99; Douai, 16 janvier 1897, S. 1901, 2, 9; D. P. 1897, 2, 425.

(2) Paris, 19 mai 1890. D. P. 93. 2, 185; Colmar, 31 décembre 1891. D. P. 94, 2, 44; V. aussi Nancy, 16 mars 1901, S. 1902, 2, 7; D. P. 1902, 2, 170.

(3) Douai, 31 janvier 1876, D. P. 76, 2, 121; S. 77, 2, 33; Cass., 28 mars 1877, D. P. 77, 1, 241; S. 77, 1, 393; Paris, 1er août 1879, S. 80, 2, 249; Cass., 22 février 1893, D. P. 93, 1, 401; S. 94, 1, 165; Orléans, 17 janvier 1894, S. 94, 2, 76; Paris, 10 mars 1896, D. P. 96, 2, 465; S. 98, 2, 245.



juridique par lequel les tribunaux arrivent à faire bénéficier la femme commune de la totalité du capital de l'assurance contractée à son profit.

En effet, si le capital de l'assurance est entré d'abord dans la communauté, pour en sortir ensuite (ou mieux, au même moment), par l'effet d'une donation implicitement faite par le mari à la femme, il faudra dire que cette libéralité, alors même que la femme a déclaré vouloir en profiter, pourra être révoquée par le mari en vertu de l'article 1096 ; que la femme ne pourra s'en prévaloir vis-à-vis de la faillite dans le cas de l'article 564 Cod. com.; qu'elle devra l'imputer sur sa part héréditaire dans la succession du mari (art. 767 Cod. civ., L. 9 mars 1891) ; qu'on en tiendra compte dans le calcul de la quotité disponible; qu'elle sera sujette à réduction.... En un mot, la femme commune subira tous les risques auxquels, par la théorie du droit direct, on a réussi, en général, à soustraire le tiers bénéficiaire.

Si, au contraire, le capital assuré n'a jamais été une valeur de communauté, si la femme en a été appropriée directement, elle se trouvera dans une situation aussi favorable qu'un tiers bénéficiaire quelconque.

Il est assez difficile de dire à quel parti se range la jurisprudence.

Notons d'abord qu'en ce qui concerne le droit de révocation que le mari tire de l'article 1096, la question ne se pose pas pour elle. Elle admet, en effet, contrairement à l'opinion que nous avons soutenue, que ce droit subsiste malgré la reconnaissance d'un droit direct au bénéficiaire (1). Peu importe, dès lors, que les époux soient mariés sous le régime de la communauté ou sous tout autre. L'article 1096 fonctionnera en toute hypothèse.

Lorsqu'il s'agit maintenant de régler les droits de la faillite ou de trancher les questions de rapport ou de réduction, on constate que les arrêts ne tiennent pas davantage compte du régime matrimonial, bien que, dans la plupart des espèces, on ait le droit de présumer qu'il s'agissait d'époux communs en biens, et que cela ressorte même nettement de l'examen de quelques-unes d'entre elles (2).

Cela tient peut-être à ce qu'on a négligé d'invoquer devant les tribunaux les moyens spéciaux que fournissait, pour faire traiter la femme comme donataire, l'existence d'une communauté entre elle et son mari. Nous sommes cependant plus portés à croire que ces moyens, s'ils étaient mis en avant, auraient peu de chances de succès. Voici, pour notre part, comment nous nous hasarderions à construire le système de la jurisprudence, en nous inspirant des idées générales auxquelles, dans le vague de leur rédaction, paraissent se rattacher les arrêts. L'assurance contractée au profit de la femme commune lui confère un droit direct; ce droit, le mari,

(1) V. *supra*, p. 547, 548.

(2) V. par exemple, Amiens, 8 mai 1888, S. 88, 2. 177; Cass., 23 juillet 1889, D. P. 90, 1, 383; S. 90, 1, 5; Paris, 5 mai 1899, D. P. 1901, 2, 240.

qui jouit de pouvoirs presque illimités sur la communauté, qui peut faire donation en propre à la femme des objets mobiliers qui y sont compris, le mari peut, à plus forte raison, décider qu'il sera exclu de la masse commune : il y a là, suivant l'expression de quelques arrêts, un acte accompli « à titre de libéralité », dont l'effet sera de réserver en propre à la femme le capital assuré, mais non pas une donation proprement dite, qui doive être soumise aux règles des donations.

2° *Récompenses*

Reste à régler les questions de récompense. La femme étant appropriée du montant du capital assuré, ne devra-t-elle pas récompense à la communauté, soit du montant de ce capital, soit tout au moins des primes payées à l'aide des deniers communs ?

Pour le capital, la réponse n'est guère douteuse. Si l'on considère la femme comme y ayant droit, à titre de donataire pour la totalité, au cas de renonciation à la communauté, à titre de commune pour la moitié, et de donataire pour l'autre moitié, au cas d'acceptation, il est certain qu'elle n'en devra pas récompense ; car, d'un côté, l'époux qui prend sa part dans un bien de la communauté ne fait qu'user de son droit de copartageant, et, d'autre côté, du moment qu'on reconnaît au mari le droit de faire donation à la femme des effets de la communauté, il faut bien, si l'on veut que cette donation serve à quelque chose, qu'elle ait lieu sans récompense. Si la récompense était due, elle anéantirait la donation ; l'idée de récompense et celle de donation sont incompatibles (1).

Si maintenant on admet que la femme est directement appropriée du capital assuré par application extensive de l'article 1401, 1°, elle ne saurait non plus être tenue d'en récompenser la communauté ; elle ne s'en est pas enrichie à ses dépens, puisqu'il n'a jamais fait partie des biens communs.

Pour les primes, la question de récompense est plus délicate. Lorsque, comme il arrive d'ordinaire, les primes ont été payées au moyen des deniers de la communauté, ne doit-on pas dire que la femme, qui va toucher le capital stipulé, tire des biens de la communauté un profit personnel dont elle doit récompense (art. 1437). On a essayé de le contester (2) en faisant observer que le capital assuré n'est pas formé par la capitalisation des primes, que celles-ci n'ont pas servi à le créer, qu'il n'y a donc pas relation de cause à effet entre l'enrichissement de la femme et l'appauvrissement de la communauté. Cette dernière proposition est évidemment inexacte : quelle que soit l'origine des ressources où la Compagnie puise le capital qu'elle paye au tiers bénéficiaire (et nous reconnaissons volon-

(1) Dupuich, p. 490, et les auteurs cités.
(2) V. Claro, p. 234.

tiers que ce n'est pas uniquement dans les primes versées par l'assuré), il n'en est pas moins vrai que, si elle est débitrice de ce capital, c'est parce que les primes ont été payées ; il existe donc un rapport de cause à effet entre le paiement des primes et le droit au capital. Nous sommes bien dans le cas visé par l'article 1437.

La femme va ainsi se trouver tenue, vis-à-vis de la communauté, d'une somme tantôt inférieure, tantôt égale, tantôt supérieure au capital qu'elle a touché ; et cette somme sera perdue pour elle, en totalité, si elle renonce à la communauté, pour moitié, si elle l'accepte. En tout cas, le capital que le mari avait voulu lui réserver, sera au moins ébréché et le but du contrat manqué.

On a, pour éviter ce résultat, essayé des mêmes moyens que lorsqu'il s'agissait de soustraire les primes au rapport et à la réduction.

Les uns (1) ont dit : ce sera seulement la dernière prime annuelle qui donnera lieu à récompense. Nous leur opposerons la même réfutation que précédemment (2).

D'autres ont voulu distinguer selon que les primes ont été prélevées sur les revenus ou sur les capitaux de la communauté, et ont essayé de démontrer que l'enrichissement réalisé par l'un des époux au détriment des revenus de la communauté, n'appelait pas une récompense (3). Cette opinion est condamnée par l'article 1437, qui reconnaît le droit à récompense, « *toutes les fois* que l'un des époux a tiré un profit personnel *des biens* de la communauté », quels que soient ces biens, qu'il s'agisse des capitaux ou des revenus.

C'est par une autre voie que la jurisprudence est arrivée à écarter, ou tout au moins à limiter la récompense.

Notons d'abord que, si les primes dépassent le capital assuré, la récompense ne saurait excéder le montant de ce capital. En effet, l'article 1437 dit que l'époux qui « a tiré un profit personnel des biens de la communauté, *en* doit la récompense ». Il doit récompense de quoi ? du profit retiré ; or ici, le profit consiste non dans les primes, mais dans le capital assuré. L'art. 1437 a pour but d'empêcher l'un des époux de s'enrichir au détriment de la communauté : la récompense ne saurait donc dépasser ni les déboursés de la communauté, c'est-à-dire les primes qu'elle a payées, ni l'avantage réalisé par la femme, c'est-à-dire la somme qu'elle a encaissée.

Mais est-il bien sûr qu'elle doive récompense des primes, même dans ces limites ?

Il s'agit, ne l'oublions pas, d'une assurance contractée dans une intention libérale. Le mari a voulu que la femme eût, sans bourse délier, droit

(1) COUTEAU, *Traité de l'assurance sur vie*, t. I, p. 179.
(2) V. *supra*, p. 559.
(3) Orléans, 17 janv. 1894, S. 94, 2, 76.

à la totalité du capital assuré. Ne peut-on pas, dès lors, le considérer comme ayant eu l'intention de faire à la femme, comme il en a le droit en vertu de l'article 1422 (1), donation à titre de propre, pour le tout ou pour moitié selon les cas, des sommes qu'il a prélevées sur la communauté pour l'acquittement des primes? C'est, en effet, en ce sens que se prononcent plusieurs arrêts (2). Et la seule difficulté qu'ils laissent subsister touche à la preuve. Comment la femme qui prétend que le mari a eu l'intention de lui faire donation des primes devra-t-elle fournir la preuve de cette intention libérale ?

En exiger la manifestation expresse serait rendre impossible en fait le fonctionnement du système. En effet, la dispense de récompense n'étant en réalité autre chose qu'une donation des primes, du moment qu'elle serait expresse, elle ne pourrait avoir lieu valablement que dans les formes de l'article 931.

Mais les arrêts se montrent plus larges : ils admettent qu'il y a donation indirecte et que l'intention libérale du mari peut être dégagée des circonstances de la cause (3). Si, par exemple, les primes ont été prélevées sur les revenus normaux du ménage, le mari sera facilement réputé en avoir fait donation à la femme. Si, au contraire, leur paiement a entamé les capitaux de la communauté, il y a tout lieu de croire qu'il n'a pas agi dans une intention libérale (4). Il serait peut-être téméraire d'aller plus loin et d'ériger, comme on l'a proposé (5), une sorte de présomption légale de libéralité au profit de la femme.

A supposer que la femme soit dispensée de la récompense, comme elle l'est à titre de donataire des primes, elle restera de ce chef exposée aux réclamations des créanciers et des héritiers, fondées soit sur l'action paulienne et ses dérivées, soit sur les règles du rapport et de la réduction. Seulement, si elle accepte la communauté, elle ne se trouvera donataire des primes que pour moitié et ne sera donc soumise au rapport ou à la réduction que pour cette moitié (6).

D'autre part, elle pourra bénéficier, soit vis-à-vis des créanciers, soit vis-à-vis des héritiers, de la jurisprudence qui écarte leurs réclamations, lorsqu'elles portent sur des primes modiques n'excédant pas les sommes que l'assuré peut dépenser annuellement (7).

---

(1) V. *supra*, p. 563.

(2) V. les arrêts cités par Dupuich, p. 491, n. 5 et 6 ; Aj. Paris, 10 janv. 1900, D. P. 1900, 2, 489; S. 1904, 2, 105.

(3) V. les arrêts visés à la note 2, et Nancy, 16 mars 1901, S. 1902, 2, 7 ; D. P. 1902, 2, 170.

(4) Nancy, 16 mars 1901, précité.

(5) Lefort, t. II, p. 305.

(6) V. Dupuich, p. 493 et s.; Paris, 10 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 489, S. 1904, 2, 105.

(7) En ce sens, Paris, 10 janvier 1900, précité. — L'article 63 du projet de la Commis-

VI. Désignation du tiers bénéficiaire

Nous avons essayé de marquer l'orientation générale de la jurisprudence au sujet de l'assurance sur la vie contractée en faveur d'autrui. Les solutions qu'elle donne impliquent évidemment que l'assurance est stipulée au profit d'un tiers. Il nous reste à rechercher dans quels cas cette condition se trouve réalisée. Pour qu'elle le soit, il faut : 1° que l'assuré ait voulu stipuler au profit d'un ou de plusieurs tiers ; 2° que cette stipulation soit efficace, et ne soit pas déclarée inopérante par la règle du droit. Nous avons donc ici deux questions à examiner, relatives l'une à la volonté de l'assuré, l'autre à la légalité de cette volonté.

1° *Volonté de désigner un tiers bénéficiaire*

La volonté de l'assuré de procurer le bénéfice de l'assurance à un ou plusieurs tiers n'est pas douteuse lorsque, soit dans la police, soit dans un acte postérieur, il les a désignés par leurs noms, ou par des qualités qui permettent de les individualiser (conjoint, enfants, etc.) (1). Il est évident, à l'inverse, que lorsqu'il a stipulé que le capital assuré serait payable, soit à lui-même, soit à sa succession, il n'y a pas de tiers bénéficiaire ; la créance contre la Compagnie d'assurances fait partie du patrimoine du stipulant et suit le sort de ses autres biens (2).

---

sion des assurances règle de la manière suivante les droits de la communauté sur l'assurance contractée par l'un des époux au profit de l'autre : « Le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en faveur de son conjoint, constitue un propre pour celui-ci.

« Aucune récompense n'est due à la communauté à raison des primes payées par elle, sauf dans les cas spécifiés par l'article 60, 2e alinéa » (c'est-à-dire dans le cas où les primes sont manifestement exagérées eu égard aux facultés de la communauté).

(1) Dupuich, n° 35, notes 3, 5 et 6. — V. cependant sur l'emploi du mot *enfants*, *infra*, p. 573.

(2) Ainsi, elle fait partie du gage de ses créanciers, conformément à l'art. 2092. C'est un point qui n'a jamais été contesté et qui est décidé notamment par l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1873, D. P. 74, 1, 113; S. 74, 1, 199. On a trouvé regrettable que les créanciers pussent ainsi se faire payer sur le capital assuré, et proposé, en conséquence, d'insérer dans l'art. 581 C. proc. civ., une disposition nouvelle rendant insaisissables les polices d'assurances (Thaller, *Ann. de droit comm.*, 1888, p. 100). On obtiendrait ainsi un résultat conforme à l'intention de l'assuré, qui, en faisant le contrat, a voulu constituer pour lui ou pour les siens une réserve contre les coups du sort, contre les mauvaises chances. La constitution de cette réserve ne lésera pas les créanciers, puisqu'elle est faite moyennant le paiement de primes prises par l'assuré sur ses revenus, et qu'elle est le fruit d'économies réalisées par lui et qu'il aurait pu ne pas faire.

D'autres ont pensé que, si le capital assuré devait être soustrait aux poursuites des créanciers, il fallait au moins qu'ils pussent réclamer la restitution des primes à ceux qui toucheront le capital (Labbé, *Ann. de droit comm.*, 1888, p. 192 à 195). Cet amendement paraît peu logique, car, sur une première dérogation au droit commun, toute au détriment des créanciers, il en grefferait une seconde, toute en leur faveur,



Entre ces deux hypothèses, parfaitement nettes, s'en placent un certain nombre d'autres dont la solution présente plus de difficultés.

Il arrive quelquefois que l'assuré stipule que le capital sera payable, lors de son décès, à ses héritiers, — à ses ayants cause, — à ses ayants droit. Ces formules peuvent répondre à deux volontés différentes : Peut-être l'assuré a-t-il voulu stipuler au profit de son hérédité, et entendu que le capital assuré vînt accroître la masse des biens qu'il laisse derrière lui ; et alors ses héritiers ne recueilleront le capital assuré qu'à condition d'accepter sa succession, *jure hereditario*, et en devront compte aux créanciers héréditaires, s'ils l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire (1). Peut-être, au contraire, sa pensée a-t-elle été de conférer un droit propre et indépendant de son hérédité aux personnes qui sont appelées à la recueillir, de telle sorte que, agissant *jure proprio*, elles puissent se prévaloir de la stipulation faite en leur faveur, quand même elles auraient répudié la succession, et que le capital assuré ne compte pas dans l'émolument dont l'héritier bénéficiaire est comptable vis-à-vis des créanciers héréditaires.

Entre ces deux interprétations possibles de la volonté du stipulant, le choix, à notre avis, ne saurait se faire *a priori*. C'est, comme toutes les recherches d'intention, une question de fait qui, ainsi que la Cour de Cassation l'a reconnu dans plusieurs arrêts (2), est souverainement tranchée par les juges du fond.

Mais la tendance de ceux-ci a été, selon les époques, plus ou moins favorable à la reconnaissance d'un droit propre aux héritiers ou ayants droit désignés par l'assuré. Pendant longtemps, les Cours et tribunaux l'ont facilement admis, soit en s'inspirant des circonstances pour interpréter en ce sens la volonté du stipulant (3), soit même en s'appuyant sur des considérations générales tirées de la nature du contrat, du but de pré-

---

en créant à leur profit une sorte d'action paulienne pour le succès de laquelle le *consilium fraudis* ne serait pas nécessaire.

Quoi qu'il en soit de ce point secondaire, nous sommes peu portés à souhaiter que le capital assuré au profit du souscripteur de la police ou de sa succession, soit déclaré insaisissable. Il n'est pas prouvé que cette faveur répondrait toujours aux vœux du stipulant : il est fort possible, au contraire, comme nous le disons plus loin, qu'en s'assurant, il ait voulu créer des ressources pour payer ses dettes. Aussi la Commission des assurances maintient-elle les droits des créanciers sur l'assurance (V. l'art. 58 de son projet, et le commentaire de cet article dans le rapport de M. Lyon-Caen, p. 42).

(1) V. d'autres conséquences de la même idée dans Lefort, t. II, p. 246 et s.

(2) Dupuich, p. 92, n. 4, et 100, n. 6.

(3) Colmar, 27 févr. 1865, D. P. 65, 2, 93, S. 65, 2, 337; Besançon, 23 juill. 1872, D. P. 72, 2, 220, S. 72, 2, 122 ; Trib. civ. Beauvais, 6 mai 1873, av. Amiens, 30 déc. 1873, D. P. 75, 2, 11, S. 74, 2, 150 ; Trib. civ. Dijon, 5 mai 1875, *J. ass.*, 76, 116 ; Dijon, 4 août 1875, S. 77, 2, 14 et av. Cass., 10 févr. 1880, D. P. 80, 1, 169; Trib. civ. Bruxelles, 1er sept. 1892, *J. ass.*, 83, 62.



voyance qui y est visé, et de l'intention qui doit par suite être présumée chez l'assuré (1).

Ces décisions n'étaient pas inconciliables, en droit, avec d'autres (2) qui interprétaient différemment la volonté du stipulant; suivant elles, l'emploi du mot « héritiers » indique que, dans sa pensée, le capital assuré fait partie de sa succession, et cette manière de voir était particulièrement défendable, lorsqu'au mot « héritiers », le stipulant avait joint celui de « ayants cause » ou « ayants droit », plus vague encore et par suite plus incompatible avec l'idée de créer des bénéficiaires investis d'un droit propre et indépendant de la succession (3).

Nous croyons même qu'à défaut d'indication contraire résultant des circonstances et des faits de la cause, il serait plus sûr de considérer l'attribution aux héritiers, ayants droit, etc., comme exclusive d'un droit propre au profit de ces derniers (4); et l'on ne saurait approuver les décisions qui ont abouti à une solution opposée par la seule considération de la nature et du but du contrat. L'assurance sur la vie est certes une mesure de prévoyance, mais si on la conçoit et si elle est ordinairement prise dans l'intérêt de la famille de l'assuré, est-il absurde de supposer qu'elle peut l'être aussi dans l'intérêt de ses créanciers? Il y a des gens, et nous sommes persuadés qu'ils sont nombreux, qui tiennent avant tout à l'honneur de leur nom et ne veulent pas laisser derrière eux des dettes en souffrance. Ce sentiment si honorable et si répandu ne doit-il pas entrer en ligne de compte? Notez qu'il n'est pas toujours incompatible avec les préoccupations qu'inspirent les affections naturelles : un père de famille obéré ne peut-il pas avoir une femme et des enfants plus riches que lui? Pourquoi, dès lors, accepter d'emblée une interprétation toute en faveur des héritiers, et qui regarde les créanciers comme absents de la pensée du stipulant. Si l'on veut absolument que les uns ou les autres aient été l'objet de sa sollicitude, il n'y a pas de raisons pour croire que ce soient les premiers plutôt que les derniers.

Mais la vérité est que, lorsqu'une assurance sur la vie est ainsi conclue en termes vagues, au profit des héritiers, des ayants cause, etc., elle est

---

(1) Bruxelles, 2 août 1866, *J. ass.*, 67, 15; Trib. civ. Colmar, 6 mars 1867, *J. ass.*, 68, 196; Paris, 5 avr. 1867, D. P. 67, 2, 221, S. 67, 2, 249; Trib. civ. Saverne, 21 mai 1869, D. P. 70, 3, 13; Rouen, 12 mai 1871, D. P. 72, 2, 203, S. 71, 2, 279.

(2) Trib. comm. Colmar, 19 déc. 1864, infirmé par Colmar, 27 févr. 1866, précité; Trib. civ. Arras (deux jugements), 27 mars 1872, D. P. 73, 3, 38.

(3) Trib. civ. Marseille, 16 juill. 1870, et Aix, 16 mai 1871, D. P. 72, 2. 218, S. 72, 2, 65; Trib. civ. Lons-le-Saulnier, D. P. 72, 2, 220.

(4) C'est en ce sens que se prononce la Commission chargée de préparer un projet de loi sur les contrats d'assurance, art. 58 : « Lorsque l'assurance en cas de décès a été conclue... au profit des héritiers ou ayants cause de l'assuré, le capital fait partie de la succession de celui-ci ».

presque toujours l'œuvre d'un homme confiant dans l'avenir, qui n'y entrevoit d'autre risque que celui de son décès prématuré, et qui s'inquiète fort peu d'attribuer un droit propre à ses héritiers, parce que, convaincu qu'il mourra solvable, ceux-ci n'en auront pas besoin pour disputer aux créanciers le bénéfice de l'assurance.

N'est-ce pas alors le cas d'appliquer l'art. 1122, aux termes duquel « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » ?

Les décisions de jurisprudence sont quelquefois allées plus loin : elles ont paru attribuer à l'art. 1122 un caractère impératif, en refusant au stipulant la faculté de revêtir ses héritiers de la qualité de tiers (1), en décidant que le seul droit qui puisse résulter pour les héritiers et ayants cause de l'assuré de la stipulation faite à leur profit, « est un droit collectif, dérivant de leur vocation héréditaire » (2). Sous la plume de certains magistrats, cette idée qu'en stipulant pour ses héritiers, l'assuré ne stipule que pour lui-même, est devenue une sorte d'axiome qui se passe de justification (3).

On a même été jusqu'à refuser de donner effet à la stipulation faite au profit des enfants de l'assuré, et à décider qu'elle ne les investissait d'un droit que s'ils devenaient héritiers, et en tant qu'héritiers (4).

Ce sont là, à notre avis, des exagérations. Si, de l'art. 1122, on peut tirer la présomption que celui qui stipule pour ses héritiers, stipule pour sa succession, rien, du moins, n'empêche de combattre cette présomption par la preuve contraire. Et certes, l'emploi du mot *enfants*, au lieu du mot *héritiers* suffit bien à constituer cette preuve ; la vérité est même qu'il nous place en dehors des conditions d'existence de la présomption (5). Ce n'est plus le cas de l'art. 1122, c'est celui de l'art. 1121.

---

(1) Trib. civ. Havre, 23 nov. 1883, *Rép. pér. des ass.*, 83, 132.

(2) Rouen, 27 juill. 1875 (motifs), D. P. 76, 2, 182, S. 77, 1, 393. Comp. Amiens, 30 déc. 1873, D. P. 75, 2, 11, S. 74, 2, 150; Trib. Seine, 29 juin 1875, *J. ass.*, 76, 25; Gand, 22 févr. 1896, *J. ass.*, 96, 554.

(3) Trib. civ. Seine, *J. ass.*, 74, 259; Trib. civ. Saint-Etienne, 19 févr. 1879, avec Cass., 17 août 1880, D. P. 81, 1, 403; S. 82, 1, 31; Trib. civ. Epernay, 17 août 1882, D. P. 83, 3, 71. — La Cour de Cassation elle-même semble, dans un arrêt du 7 février 1872, D. P. 72, 1, 209, s'associer à cette jurisprudence. Il est vrai que l'espèce était particulièrement favorable aux prétentions des adversaires des héritiers : le capital assuré avait été stipulé payable aux *ayants droit* du contractant. Une formule aussi vague semble bien incompatible avec l'existence d'un droit propre au profit des héritiers.

(4) Amiens, 19 déc. 1877, D. P. 78, 2, 224; S. 78, 2, 13; Trib. civ. Lunéville, 30 mars 1881, av. Cass., 2 juill. 1884, D. P. 85, 1, 130.

(5) Aussi la jurisprudence, sous une restriction que nous indiquerons plus loin, admet-elle plus généralement que lorsque l'assuré a stipulé au profit de ses enfants, ceux-ci sont investis d'un droit propre. — V. DUPUICH, p. 79, n. 5. V. cep. Trib. civ. Montbéliard, 26 juin 1891, av. Besançon, 23 déc. 1891, D. P. 92, 2, 111.

Si les tribunaux ont parfois méconnu cette vérité, c'est, au fond, qu'ils ont été arrêtés par des scrupules sur la légalité de la stipulation faite au profit des « héritiers » ou des « enfants ». Cette préoccupation, latente dans les arrêts que nous venons de citer, apparaît au contraire, à découvert dans ceux auxquels nous renverrons en exposant notre second point.

2° *Légalité de la désignation du tiers bénéficiaire*

Les difficultés que les tribunaux ont eu à trancher sur la légalité de la désignation des tiers bénéficiaires concernent, les unes les personnes indéterminées, les autres les personnes futures. Il existe entre les premières et les secondes une certaine connexité, de telle sorte qu'elles sont souvent confondues dans les auteurs et les arrêts. Il convient cependant, pour la clarté des raisonnements, de les étudier séparément.

A. *Personnes incertaines.* — Des jugements et des arrêts nombreux (1) expriment cette idée que la désignation, comme bénéficiaires de l'assurance, de personnes incertaines, ne saurait leur conférer un droit propre, et que, lorsqu'elle se rencontre, la créance contre l'assureur reste dans le patrimoine de l'assuré. Ils en concluent que lorsque l'assurance est faite au profit des héritiers de l'assuré, ceux-ci, étant des personnes incertaines, ne peuvent réclamer le bénéfice de l'assurance à titre personnel, mais seulement en tant qu'héritiers (2). Même décision pour l'assurance contractée au profit des enfants de l'assuré ; la liste de ces derniers n'étant définitivement close que par le décès de l'assuré, ce sont, jusque-là, des personnes incertaines qui ne peuvent se voir investies d'un droit propre sur le bénéfice de l'assurance (3).

Ces conceptions sont généralement critiquées et présentées aujourd'hui comme un souvenir malencontreux de l'incapacité dont le droit romain frappait arbitrairement les personnes incertaines en matière d'institution d'héritiers et de legs, et l'on a beau jeu à démontrer, soit que la jurisprudence donne ici à cette incapacité une étendue qu'elle n'avait pas en

---

(1) V. les arrêts cités aux notes suivantes. V. aussi DESLANDRES, *Du contrat d'assurance sur la vie au profit de bénéficiaires indéterminés*, 1891 (extrait de la *Revue critique de législ. et de jurispr.*), p. 5, n. 1.

(2) Besançon, 14 mars 1883, D. P. 83, 2, 129, S. 86, 2, 17; Trib. civ. Seine, 29 mai 1886, *J. ass.*, 86, 586; Douai, 14 février 1887, D. P. 87, 2, 136, S. 88, 2, 49; Trib. civ. Pontarlier, 3 juin 1890, *J. ass.*, 91, 94; Gand, 22 février 1896, *J. ass.* 96, 554.

(3) Paris, 1er août 1879, S. 80, 2, 249, et av. Cass., 2 mars 1881, D. P. 81, 1, 401; Trib. civ. Chalon-sur-Saône, 29 juillet 1882, *J. ass.*, 82, 499; Trib. civ. Trévoux, 20 mars 1884, *J. ass.*, 84, 318; Chambéry, 10 juillet 1889, *Rép. pér. des ass.*, 89, 124; Besançon, 23 décembre 1891, D. P. 92, 2, 111,; Trib. civ. Saint-Dié, 24 avril 1893, *J. ass.*, 94, 19; Rennes, 5 décembre 1899, D. P. 1903, 2, 377, et av. Cass., 24 février 1902 dans S. 1902, 1, 165; Amiens, 19 juin 1901, D. P. 1903, 5, 58. Comp. Agen, 22 novembre 1880, D. P. 82, 2, 221.

droit romain (1), soit que cette incapacité n'existe plus dans notre droit moderne (2).

Les magistrats ont-ils, en effet, été influencés par les précédents du droit romain? Il serait aussi imprudent de le nier que de l'affirmer, car les décisions qui considèrent comme inopérante la désignation de personnes incertaines, sobrement motivées, ne justifient guère leurs affirmations, et l'expression *personnes incertaines* est trop peu significative pour que son emprunt par les arrêts aux textes du droit romain puisse être regardé comme impliquant la pensée de transporter dans notre droit la théorie des « *incertæ personæ* ». Il nous semble cependant qu'on peut, avec beaucoup plus de vraisemblance, rattacher cette jurisprudence à un autre ordre d'idées, et considérer l'hostilité des tribunaux à l'égard des assurances stipulées au profit de tiers indéterminés comme un épisode de la lutte qui s'est longtemps poursuivie au sujet de la stipulation pour autrui. Cette proposition demande quelques explications.

Tout le monde conviendra que, si le tiers bénéficiaire n'est pas déterminé dès le jour du contrat, il faut au moins qu'il soit désigné de manière à être ultérieurement déterminable. Car s'il est visé de telle façon qu'il ne puisse jamais être déterminé, jamais aucun tiers ne pourra invoquer les droits résultant du contrat contre le promettant; la désignation sera *inutile* (au sens romain du mot), et n'empêchera pas ces droits de continuer à résider sur la tête du stipulant.

Mais s'il faut que le tiers bénéficiaire puisse être déterminé, jusqu'à quel moment sa détermination peut-elle utilement intervenir?

Dans la théorie, longtemps en honneur, d'après laquelle la stipulation pour autrui n'était autre chose qu'une offre du stipulant, que l'acceptation rendait seule efficace, en la transformant en contrat, il était logique de décider, comme l'avaient fait quelques tribunaux (3), que cette acceptation devait intervenir *avant* la mort du stipulant, qui rend l'offre caduque.

Or, précisément, la question de la validité de l'assurance contractée au profit de personnes incertaines a surgi au sujet des héritiers et des enfants, c'est-à-dire de personnes qui ne pouvaient devenir certaines et déterminées que *par* la mort du stipulant, par conséquent à un moment où, dans la rigueur du système, il était trop tard pour accepter l'offre émanée de sa volonté.

On conçoit donc qu'à une époque où la Cour de Cassation ne s'était pas encore dégagée du système de l'offre, elle ait pu juger que la désignation

---

(1) V. par exemple Dupuich (note dans D. P. 1903, 2, 578, 2e col.).
(2) Planiol, t. III, 2e éd., nos 2926 et 2929.
(3) V. *supra*, p. 533, texte et note 2,



comme bénéficiaires des héritiers (1) ou des enfants (2), était inopérante. C'étaient là des personnes incertaines, entendez : des personnes dont la détermination arrivait trop tard. Les arrêts du 15 décembre 1873 et du 15 juillet 1875 sont particulièrement significatifs et autorisent pleinement cette interprétation : Attendu, dit le premier, que lorsque le montant de l'assurance est stipulé payable aux héritiers de l'assuré, « cette indication vague et indéterminée ne peut, *de son vivant*, conférer un droit propre *à des héritiers encore incertains....* » et le second est conçu en termes presque identiques.

Nous expliquerons de même les jugements et arrêts des Cours d'appel contemporains de ceux que nous venons de citer et qui ont adopté la même doctrine. Et, quant à ceux qui sont de date plus récente, nous ne pouvons voir dans leurs auteurs que des partisans attardés de la théorie de l'offre, à moins, ce qui est plus probable, que leurs décisions ne leur aient été dictées par un respect aveugle des précédents posés par la Cour de Cassation.

Nous sommes convaincus que la Cour suprême, si elle était de nouveau saisie de la question, ne la trancherait plus à l'aide des mêmes moyens. Reconnaissant aujourd'hui que le contrat d'assurance confère, à lui seul et indépendamment de toute acceptation du bénéficiaire, un droit propre à ce dernier, elle n'aurait plus aucune raison pour considérer comme inefficace la stipulation faite au profit de tiers qui ne peuvent être déterminés du vivant du stipulant ; et la stipulation au profit des héritiers ou des enfants ne soulèverait plus, de la part de la Cour de Cassation, les objections qu'elle leur a opposées autrefois (3).

Ce changement (4) ne présenterait pas un grand intérêt pour les héritiers, auxquels les juges du fait, pour les raisons que nous avons données plus haut, reconnaîtront difficilement que l'assuré ait entendu conférer un droit propre.

Il n'en serait pas de même pour les enfants, lorsqu'ils ont été désignés

(1) Cass., 15 décembre 1873, D. P. 74, 1, 113; S. 74, 1, 199 ; 15 juillet 1875, D. P. 76, 1, 232; S. 77, 1, 326.

(2) Cass., 7 février 1877, D. P. 77, 1, 337; S. 77, 1, 393; 27 janvier 1879, D. P. 79, 1, 230; S. 79, 1, 218.

(3) C'est à tort qu'on invoque en sens contraire les arrêts comme ceux du 2 juillet 1884, D. P. 85, 1, 148, S. 85, 1, 5; du 8 février 1888, D. P. 88, 1, 193; S. 88, 1, 121; du 16 janvier 1888, D. P. 88, 1, 77 ; S. 88, 1, 121, qui reconnaissent un droit propre à des bénéficiaires que les juges du fait avaient déclaré être des personnes déterminées. Ces arrêts prouvent bien que la Cour de Cassation statuerait autrement en présence de bénéficiaires indéterminés. Mais ils ne tranchent pas la question de savoir ce qu'il faut entendre par là.

(4) D'autant plus probable que la jurisprudence admet déjà dans d'autres matières, la stipulation au profit de personnes indéterminées. V. Lambert, *op. cit.*, §§ 129 à 132. V. Planiol, 1re éd., t. 1, nos 1292 et s. ; Dupuich, n. D. P. 1903, 2, 379, col. 1.

comme bénéficiaires. Leur prétention à un droit propre deviendrait très forte ; elle triompherait sans peine (1), à supposer qu'elle ne vînt pas se briser contre un autre obstacle, dont il nous reste maintenant à expliquer la nature et à éprouver la solidité.

B. *Personnes futures.* — Il résulte de l'art. 906 du Code civil que pour être capable de recevoir par donation entre vifs, il faut être né ou au moins conçu au moment de la donation. De nombreuses décisions en ont conclu qu'une assurance sur la vie ne pouvait être conclue au profit d'enfants non encore conçus lors du contrat, et spécialement (c'est toujours ainsi que la question s'est posée devant les tribunaux) de ceux de l'assuré.

Les enfants à naître, déjà déclarés par d'autres jugements et arrêts (2) personnes incertaines, se trouveraient donc encore, comme personnes futures, incapables de figurer, à titre de bénéficiaires, dans un contrat d'assurance sur la vie.

Cette jurisprudence ne laisse pas d'être regrettable dans ses résultats. Très souvent, le père de famille qui veut assurer l'avenir des siens pour le cas où il mourrait insolvable, contracte une assurance sur la vie au profit de ses enfants. S'il ne désigne que ses enfants vivants, ceux-ci, sans difficulté, jouiront d'un droit propre et indépendant de la succession de leur père, mais ils en jouiront seuls, et se trouveront ainsi dans une situation pécuniaire toute différente de celle des enfants venus plus tard. Or ce n'est pas, d'ordinaire, ce que veut le père : son désir est que tous ses enfants soient placés sur le même pied. Il stipulera donc pour ses enfants nés et à naître ; mais, du moment qu'on considère les enfants à naître comme incapables, de deux choses l'une : ou le bénéfice de la stipulation sera limité aux enfants déjà nés (3), la mention faite des autres étant considérée comme non avenue ; alors on retombera, contrairement au vœu du père, dans les inconvénients de la stipulation faite seulement au profit des enfants déjà nés. Ou bien, au contraire, on annulera la stipulation pour le tout ; cette décision, plus conforme habituellement à l'intention du père de famille, qui n'a pas voulu créer d'inégalité entre ses enfants, s'imposera

(1) La Commission instituée par le Ministre du commerce n'a pas manqué de la consacrer dans son projet, art. 55, 5e et 6e al. : « Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle l'assuré attribue le bénéfice de l'assurance.... à ses enfants nés et à naître, sans qu'il soit nécessaire d'inscrire leurs noms dans la police ou dans tout autre acte ultérieur contenant attribution du capital assuré.

« Les enfants et descendants de l'assuré ainsi désignés ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires. Ils conservent ce droit même en cas de renonciation ».

(2) V. Dupuich, p. 101, n. 7.

(3) V. en ce sens les deux jugements cités par Dupuich, p. 102, n. 13.

d'ordinaire aux juges du fait (1), souverains appréciateurs de cette question d'intention (2). Mais alors, le bénéfice de l'assurance tombera dans la succession de l'assuré ; le but de celui-ci sera complètement manqué.

N'aurait-il pas un moyen de l'atteindre, qui consisterait à stipuler seulement au profit des enfants déjà nés, et, chaque fois qu'il lui survient un enfant, de l'ajouter par un avenant à la liste des bénéficiaires ?

Mais, outre que ce procédé ne pourrait pas être employé par le père de famille qui viendrait à être frappé d'interdiction, ni pour les posthumes, ou au moins pour ceux dont le père est mort sans connaître leur conception, les idées qui ont cours sur l'avenant le condamnent à l'impuissance. L'avenant faisant corps avec la police, du moment qu'on admet l'incapacité des personnes futures, c'est au moment de la signature du contrat qu'il faut exister pour pouvoir y jouer le rôle de bénéficiaire, peu importe que l'on soit désigné par la police ou par un avenant.

Mais cette incapacité doit-elle, en effet, être reconnue ?

Que l'art. 906, qui vise les *donations*, ne soit pas directement applicable à l'espèce, c'est une vérité pour nous certaine, et sur la démonstration de laquelle nous nous dispenserons d'insister, puisque le but principal de cette dissertation a été de prouver que le bénéficiaire n'est pas *donataire* du capital assuré, et de montrer que la jurisprudence consacre, avec une fermeté croissante, cette proposition capitale. Il est, dès lors, sans intérêt de rechercher, comme le font quelques auteurs, si l'attribution du capital assuré au bénéficiaire se rapproche davantage d'une donation entre vifs, pour laquelle il faut exister lors de la déclaration du donataire (art. 906, 1er al.), ou d'une donation testamentaire pour laquelle il suffit d'être vivant ou conçu lors de son décès (art. 906, 2e al.). L'attribution du bénéfice de l'assurance, n'étant pas une donation, ne tombe pas sous le coup de cet article.

Nous estimons donc que les décisions qui se fondent, pour annuler la stipulation faite au profit des enfants à naître, sur cette considération qu'aux termes de l'art. 906, ils sont incapables de recevoir (3), sont en dehors du courant actuel de la jurisprudence et par suite dénuées d'autorité.

Aussi bien les auteurs qui approuvent l'exclusion des personnes futures se sont-ils placés de préférence sur un terrain un peu différent. Ils invo-

---

(1) Agen, 22 novembre 1880, D. P. 82, 2, 221 ; Trib. civ. Mâcon, 24 janvier 1883, *J. ass.*, 83, 303 ; Trib. civ. Périgueux, 31 décembre 1887, *J. ass.*, 88, 139 ; Besançon, 23 décembre 1891, D. P. 92, 2, 111.

(2) Cass., 7 mars 1893, D. P. 94, 1, 77, S. 94, 1, 161.

(3) V. les citations dans DUPUICH, p. 164, n. 2. V. aussi certains considérants de Rennes, 5 décembre 1899, D. P. 1903, 2, 377; et av. Cass., 24 février 1902, S. 1902, 1, 165.



quent non pas directement et exclusivement l'art. 906, mais l'esprit de la loi, attesté non seulement par cet article, mais encore par l'art. 725 qui déclare incapable de succéder l'enfant non encore conçu lors du décès du testateur, et par l'art. 1039, aux termes duquel le legs est caduc lorsque celui en faveur duquel il a été fait n'a pas survécu au testateur. Ces textes concordants prouvent, dit-on, que, pour acquérir, il faut exister au moment où se réalise l'acquisition ; cette proposition, conforme à une tradition constante, n'a pas cessé d'être vraie. N'est-ce pas d'ailleurs un axiome de bon sens que ce qui n'existe pas ne saurait avoir de droits?

Ces affirmations, devant lesquelles on s'est longtemps incliné sans discussion, sont aujourd'hui bien ébranlées.

Et d'abord, quant à la tradition, « il est prouvé que l'incapacité des personnes futures est restée longtemps inconnue de notre ancien droit, et que si elle a été édictée pour les donations entre vifs par l'ordonnance de 1731 » (1), par l'ordonnance de 1735 pour les institutions d'héritiers, et consacrée par le droit coutumier en matière de successions comme une conséquence de la règle : *le mort saisit le vif*, elle n'a jamais eu le caractère de généralité qu'on lui prête. Spécialement, notre ancien droit a toujours admis qu'une stipulation pouvait intervenir au profit de personnes non encore conçues. Il est inutile de rééditer ici la démonstration magistrale que M. Lambert (2) a fournie de cette thèse historique.

Le Code civil a-t-il voulu aller plus loin que l'ancien droit? Rien ne le prouve puisqu'il s'est, à peu de choses près (3), borné à reproduire les anciennes règles. Rien ne prouve notamment que l'art. 1121 ait entendu exclure les stipulations au profit de personnes futures.

Le sens commun s'oppose-t-il à ce qu'un droit soit créé au profit d'un être non encore existant? S'il en était ainsi, il faudrait convenir que les auteurs du Code civil, aussi bien que nos anciens jurisconsultes, étaient brouillés avec le sens commun, « car les art. 1048 et s. et 1082 et s. admettent expressément la substitution fidéicommissaire ou l'institution contractuelle au profit des enfants à naître... Sans doute, il s'agit là de contrats spéciaux, d'hypothèses exceptionnelles; mais c'est qu'aussi, comme le remarque M. Labbé (4), il n'est pas ordinaire de faire un acte juridique au profit de personnes dont l'existence est future, car la plupart des contrats sont destinés à satisfaire les besoins présents de l'espèce humaine. Il en va tout autrement lorsque le contrat a pour but de parer aux nécessités de l'avenir comme dans la substitution, comme dans l'insti-

(1) DUPUICH, p. 171.

(2) *Stipul. pour autrui*, § 148 et s.

(3) L'art. 906 applique aux legs de toute espèce la règle posée par l'ordonnance de d'Aguesseau pour les institutions d'héritiers.

(4) *France judiciaire*, 1877-78, 1re partie, p. 417 et s.

tution contractuelle, comme dans l'assurance en cas de décès : dans ces cas spéciaux, « il n'est pas déraisonnable, dit M. Labbé, il est sans incon- « vénient pratique d'attendre, pour vérifier l'existence des bénéficiaires, « l'arrivée du moment où l'assureur doit exécuter son obligation ; cela n'a « rien de contraire à l'essence du droit » (1).

Il n'en serait autrement que si la volonté du tiers devait intervenir pour lui faire acquérir le bénéfice de la stipulation faite à son profit. Mais, précisément, il est aujourd'hui constant que l'acquisition se réalise par le seul effet du contrat formé entre le stipulant et le promettant. La volonté du tiers bénéficiaire, ou de son représentant légal, n'a de rôle à jouer que dans l'acceptation qui fixe le droit sur sa tête ; il suffit donc qu'il existe lors de l'acceptation ; il n'est pas nécessaire que son existence remonte à l'époque du contrat.

C'est une opinion très répandue que la Cour de cassation se prononce contre l'attribution du bénéfice de l'assurance à des personnes futures. Nous sommes convaincus qu'il n'en est rien. La plupart des arrêts qu'on cite excluent en réalité les enfants à naître comme personnes incertaines, et non comme personnes futures, et nous les avons précédemment commentés (2). Les seules décisions de la Cour suprême qui parlent des personnes futures, sont celles du 7 février 1877 (3) et du 7 mars 1893 (4). Mais l'arrêt de 1877 se borne à constater que les enfants à naître sont des personnes « encore incertaines ». Il se rattache donc, lui aussi, au système que la Cour de Cassation a admis alors au sujet des personnes incertaines. Dans l'espèce jugée en 1893, le pourvoi n'avait pas contesté l'inefficacité de la stipulation faite au profit des enfants à naître. La Cour de Cassation, qui le constate, n'a pas eu à trancher, ni même à examiner une question qui ne lui était pas soumise.

Nous avons donc le droit de dire que si cette question était portée devant elle, elle ne serait engagée par aucun précédent (5), et par suite de nous refuser à considérer l'incapacité des enfants à naître comme définitivement admise par la jurisprudence.

---

(1) Dupuich, note au D. P. 1903, 2, p. 379, 3e col. *in fine*, et p. 380, col. 1.
(2) V. *supra*, p. 574 à 577.
(3) D. P. 77, 1, 337 ; S. 77, 1, 393.
(4) D. P. 94, 1, 77 ; S. 94, 1, 161.
(5) Bien au contraire, car on a fait remarquer que, dans plus d'une hypothèse, la jurisprudence et même le législateur (v. Huc, *Comment. théor. et prat. du Cod. civ.*, t. VII, n° 54) avaient admis la validité de stipulations faites au profit de personnes futures (V. Lambert, *op. cit.*, § 141, 331 à 336, et Dupuich, n. D. P. 1903, 2, p. 380, 2e col., et 381).

CONCLUSION

Nous avons essayé de dégager ce qui nous a paru être la tendance générale de la jurisprudence en matière d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, Et peut-être nous reprochera-t-on d'avoir sacrifié à une idée préconçue et d'avoir trop négligé les conceptions divergentes. On voudra bien, pour réduire cette critique à sa juste valeur, ne pas oublier quel était notre but : montrer comment la jurisprudence et la doctrine ont pu, sous l'empire du Code civil et sans rien sacrifier des principes essentiels qu'il a posés, assurer le fonctionnement normal d'une institution tout à fait étrangère aux prévisions de ses rédacteurs.

On peut dire que leurs efforts pour atteindre ce résultat, s'ils n'ont pas abouti du premier coup, ont été finalement couronnés d'un succès presque complet. N'avons-nous pas vu, en effet, grâce à une analyse de plus en plus pénétrante de leur origine et de leur nature juridique, les droits du bénéficiaire s'affirmer avec une fermeté croissante à l'encontre des prétentions des créanciers et des héritiers de l'assuré? La plupart des vœux formés par les Compagnies d'assurance et par leur clientèle, ont ainsi pu recevoir satisfaction. Sans doute, sur la question des enfants à naître, la coïncidence entre les besoins des intéressés et les solutions juridiques n'a pas encore été obtenue; encore la doctrine l'a-t-elle réalisée et la jurisprudence est-elle loin, selon nous, d'être aussi inébranlable qu'on le croit généralement.

Il est certain, d'autre part, que, sur bien des points, nous n'avons pas pu tirer de la comparaison des arrêts des solutions fermes, et que nous avons dû nous contenter de constater des tendances plus ou moins accusées : les hésitations, les contradictions, les retours en arrière, sont inévitables dans toute formation jurisprudentielle.

Tout cela est vrai, mais n'est-il pas remarquable, après tout, qu'une Commission, composée des hommes les plus versés dans la théorie et la pratique des assurances sur la vie, ait pu, lorsqu'il lui a fallu légiférer sur ce sujet, presque se borner à consacrer, par les textes qu'elle propose, les solutions définitivement acquises dans la jurisprudence, et celles vers lesquelles elle penche visiblement ? N'est-ce pas là l'hommage le plus significatif qu'on puisse rendre à cette jurisprudence? N'a-t-elle pas ainsi justifié la confiance que lui témoignaient et rempli le rôle que lui assignaient les auteurs du Code civil, lorsqu'ils lui abandonnaient « les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger » (1).

Quant aux textes mêmes du Code, s'ils ont paru être, s'ils ont été plus

(1) PORTALIS, *Disc. prél.*, LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. I, p. 265.

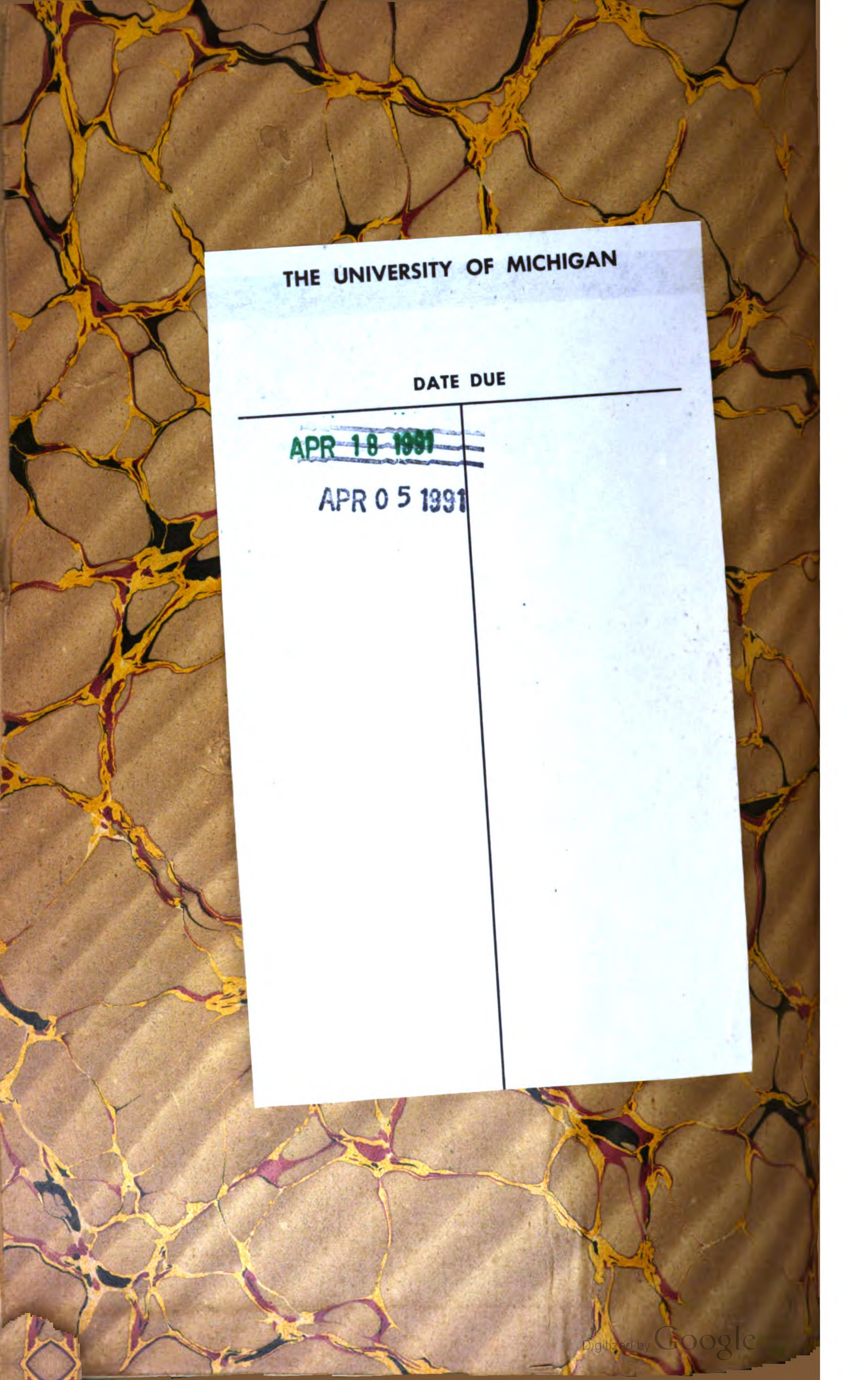


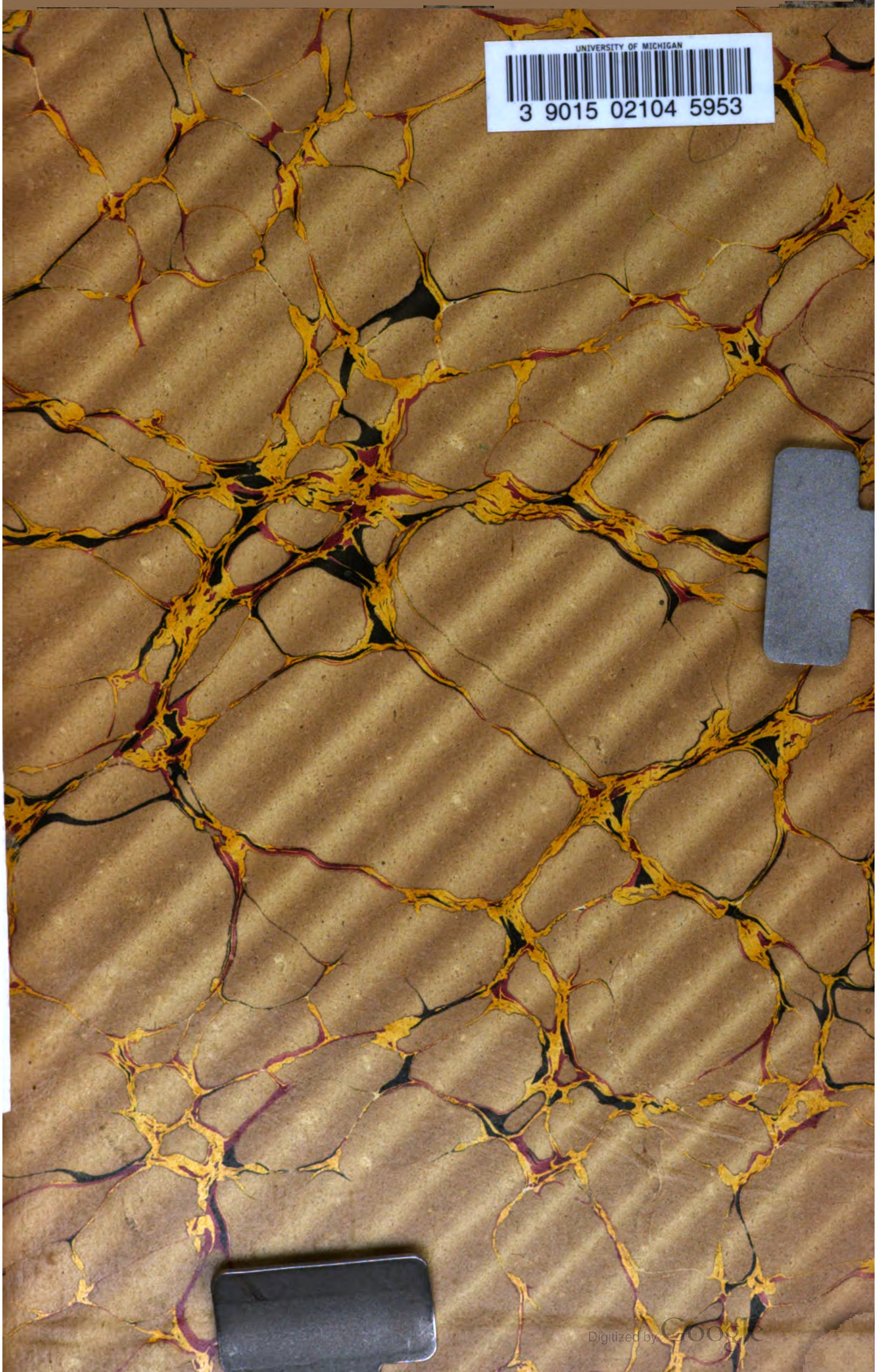
d'une fois une entrave à son développement, n'est-ce pas, dans bien des cas, parce qu'ils ont été mal compris? Si l'on s'est obstiné pendant des années à donner de l'art. 1121 une explication qui lui ôtait toute utilité, si la disposition finale de l'art. 1165 a été négligée et comme perdue de vue, si, aujourd'hui encore, l'art. 906 est étendu à des cas pour lesquels il n'est pas fait, à qui faut-il s'en prendre? Au législateur ou à ses interprètes? Mais peu à peu, ceux-ci se sont ressaisis, et là où ils avaient cru voir des textes rigides, mieux faits pour gêner le commerce juridique que pour le favoriser, ils ont découvert des dispositions assez souples pour n'empêcher aucun progrès légitime. La réaction a pu, parfois, il serait puéril de se le dissimuler, être excessive, et défigurer les textes à force de les assouplir. Somme toute, elle a été bienfaisante, et, dans son ensemble, on peut dire qu'elle s'est inspirée des conseils que Portalis formulait en ces termes : « La science du magistrat (nous ajouterons : et du jurisconsulte) est de mettre les principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude » (1).

L. Balleydier et H. Capitant.

(1) Locré, *loc. cit.*, p. 264.

BAR-SUR-SEINE — IMP. Vve C. SAILLARD


THE UNIVERSITY OF MICHIGAN
DATE DUE
APR 18 1991
APR 05 1991
Digitized by Google


UNIVERSITY OF MICHIGAN
3 9015 02104 5953
Digitized by Google

